

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2020/2

Виходить
4 рази на рік

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

ISSN 2219-5521

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань
за спеціальністю «Юридичні науки», категорія «Б»
(наказ Міністерства освіти і науки України № 1643 від 28.12.2019)

Журнал внесено до міжнародних наукометричних баз

HeinOnline (США)
та
«Index Copernicus International» (Польща)

Рекомендовано до друку
Вченою радою Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(протокол № 5 від 30.06.2020)

Передплатний індекс 23994

Малишева Н.Р. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (*головний редактор*);

Шемшученко Ю.С. – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, директор Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Бошицький Ю.Л. – кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, ректор Київського університету права НАН України (*заступник головного редактора*);

Ходаківська Т.В. – завідувач відділу Київського університету права НАН України (*редактор*);

Андрійко О.Ф. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Батанов О.В. – доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Білоцький С.Д. – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Гулієв А.Д. – доктор юридичних наук, професор Національного авіаційного університету;

Короєд С.О. – доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Університету Короля Данила;

Костенко О.М. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Кулинич П.Ф. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, провідний науковий співробітник, керівник сектору Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Ладиченко В.В. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Національного університету біоресурсів і природокористування України;

Луць В.В. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач відділу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України;

Медведєва М.О. – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Оніщук М.В. – доктор юридичних наук, професор, ректор Національної школи суддів України;

Пархоменко Н.М. – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, вчений секретар Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Подорожна Т.С. – доктор юридичних наук, доцент, професор Львівського торговельно-економічного університету;

Попко В.В. – кандидат юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Савчук К.О. – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Сімутіна Я.В. – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Тимченко Г.П. – доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Удовика Л.Г. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Запорізького національного університету;

Усенко І.Б. – кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Шатіло В.А. – доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Київського національного лінгвістичного університету;

Шимон С.І. – доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана;

Шпакович О.М. – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Іноземні члени редакційної колегії:

Амір Ібрагім огли Алієв – доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Бакинського державного університету (Азербайджан);

Райнер Арнольд – доктор права, професор Університету Регенсбурга (Німеччина);

Вільям Е. Батлер – доктор права, іноземний член НАН України, заслужений професор Лондонського університету, професор Школи права Університету штату Пенсильванія (США);

Адам Махарадзе – доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Батумського державного університету імені Шота Руставелі (Грузія);

Вероніка Сікора – доктор права, професор, декан юридичного факультету Дебреценського університету (Угорщина);

Герберт Шамбек – доктор права, професор (Австрія);

Анджей Шміт – доктор права, професор, завідувач кафедри факультету права та управління Гданського університету (Польща).

<i>Бошицький Ю.Л.</i> Нові виклики та завдання Київського університету права НАН України в умовах пандемії	11
Видатні правознавці України	
<i>Бондарук Т.І.</i> Видатний український правознавець Микола Олексійович Максимейко (до 150-річчя від дня народження)	16
Теорія та історія держави і права. Філософія права	
<i>Онїценко Н.М.</i> Соціальний вимір сучасних правових реалій	23
<i>Пархоменко Н.М., Подорожна Т.С.</i> Правова реформа як інструмент конституціоналізації правового порядку	25
<i>Kostruba A.V.</i> Pedagogical model of the formation of professional competences of lawyers: Ukrainian reality	31
<i>Дячук Л.В.</i> Basilicorum libri: secundae nuptiae	36
<i>Попович Т.П.</i> Юридичний обов'язок як правова цінність	43
<i>Протосавіцька Л.С.</i> Теоретико-правові аспекти дослідження цінностей	48
<i>Федорук Н.С.</i> Публічне право України в умовах постіндустріальної держави	51
<i>Алисой Х.</i> Развитие права на социальное обеспечение: опыт европейских стран	54
<i>Бобровник Д.О.</i> Дихотомія «локальне/глобальне» як основоположний концепт набуття міжнародної правосуб'єктності територіальною громадою	58
<i>Кравчук О.Л.</i> Інститут присяги в різних галузях права: порівняльний аналіз	66
<i>Лесик О.В.</i> Становлення правового регулювання земельних відносин у Волинській губернії в складі Російської імперії (1793–1917)	72
<i>Олійник Ю.В.</i> Порядок розгляду справ у Львівському апеляційному суді (1919–1939 рр.)	77
<i>Сверба Ю.І.</i> Роль безоплатної правової допомоги в механізмі забезпечення доступу до правосуддя	83
Конституційне право. Муніципальне право	
<i>Батанов О.В.</i> Порівняльна характеристика унітаризму та федералізму: концептуальні аспекти теорії та практики	87
<i>Makarchuk V.S., Markovskiy V.Ya., Demkiv R.Ya., Lytvynenko A.A.</i> The adjudication of the language of education case in the Constitutional Court of Ukraine – a comparative analysis with ECtHR jurisprudence	94
<i>Батанова Н.М.</i> Мета, завдання та функції конституційно-правової відповідальності: питання ефективності реалізації	104
<i>Боярський О.О.</i> Становлення феноменології муніципальної людини в межах громадянського суспільства і держави	110
<i>Калиновський О.В., Ткаченко С.В.</i> Дотримання органами досудового розслідування права на недоторканість приватного життя (приватність)	118
<i>Ковман Б.Я.</i> Актуальні питання нормопроєктування правового статусу людини і громадянина в конституційному праві України: до формування парадигми процесуально-стадійного забезпечення	123
<i>Верлос Н.В.</i> Конституціоналізація цифрових прав: вітчизняна практика та зарубіжний досвід	129
<i>Нікітенко Л.О.</i> Краудсорсинг як інструмент партисипативної демократії	133
<i>Ірклієнко А.І.</i> Конституційно-правовий статус Конституційної ради Франції	138
<i>Калараи А.А.</i> Конс'юмеризм та комунітаризм: актуальні питання детермінованості та взаємодії в межах територіальної громади	141
<i>Компанієць М.М.</i> Організаційна та організаційно-правова діяльність органів місцевого самоврядування щодо здійснення безоплатної правової допомоги	147
<i>Максименко Ю.П.</i> Становлення органів місцевого самоврядування України в радянські часи	154
<i>Мойсей Г.Г.</i> Проблеми реалізації права на людську гідність в Україні	160
<i>Рожок Л.П.</i> Глобалізація та стандарти здійснення конституційного тлумачення	164
<i>Spodynskiy O.O.</i> State (official) language proficiency as an obligatory condition to acquire citizenship: Ukrainian and European experience	169
<i>Хван Р.М.</i> Муніципальна політика держави: онтологічні та нормативні підходи до визначення елементного складу	173
Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право	
<i>Георгієвський Ю.В.</i> Суб'єкти розроблення ЄСІТС: переваги та недоліки залучення державних та приватних підприємств ...	180
<i>Козут Н.Д.</i> Перспективи подальшого реформування судової системи України	186
<i>Костенко І.В., Огієвич С.М.</i> Теоретико-правовий аналіз прогалин у реформуванні системи органів прокуратури	191
<i>Костецька Т.А.</i> Унітаризм і нова парадигма державної інформаційної політики України	195
<i>Трофімова Л.В.</i> Проблемні питання якості кваліфікаційного оцінювання суддів	198
<i>Бакутін Є.І.</i> Принцип законності в діяльності поліції під час використання технічних засобів фіксації адміністративних правопорушень	208
Проблеми цивільного, господарського, трудового права та права соціального забезпечення в Україні	
<i>Вакарюк Л.В., Бабін І.І.</i> До питання критеріїв класифікації трудо-правових режимів	214
<i>Никитченко Н.В., Остринський В.О.</i> Проблеми вибору права та його обмеження при укладенні ЄРС-контрактів	218
<i>Смітюх А.В.</i> Здійснення корпоративних прав, посвідчених корпоративними паями (частками, акціями), щодо яких встановлений узурфрукт	223
<i>Білик О.О.</i> Питання, пов'язані з розірванням шлюбу, в практиці Європейського суду з прав людини	228
<i>Демченко І.С., Берзіна А.Б.</i> Реклама лікарських засобів: огляд судової практики	233
<i>Квіт Н.М.</i> Правовий режим неімплантованого ембріона in vitro з позицій доктрини, цивільного законодавства та судової практики	238
<i>Новак А.В.</i> Законодавче забезпечення виконання аліментних зобов'язань щодо дитини в Україні	243
<i>Опанасюк Н.А., Мельник І.Л.</i> Норми туристичного права України: поняття, ознаки та структура	246
<i>Скіпенко Р.Е.</i> Проблема реалізації права на пенсію за віком на пільгових умовах	251
<i>Софіюк Т.О.</i> Прайвеси і концепція поколінь прав людини	255
<i>Khalabudenko O.A.</i> A critical look at the policy of law in the context of the reform of the civil code of Ukraine (some methodological remarks)	259

<i>Вишневська А.А.</i> Вплив недовіри до судової влади на виконання судових рішень в Україні	263
<i>Гулик А.Г.</i> Форми та способи оптимізації цивільного судочинства	266
<i>Данилова І.О.</i> Щодо окремих історико-правових передумов становлення і розвитку транспортного права	269
<i>Дубицька Н.Т.</i> Межі відповідальності в приватному праві	273
<i>Мамедова С.М.</i> Майновий стан сторін як підстава зменшення розміру штрафних санкцій	277
<i>Романська І.В.</i> До питання про співвідношення кондикції та віндикації	281
<i>Савчук С.П.</i> Особливості правового регулювання строкових трудових договорів в окремих європейських країнах	286
<i>Соловійов Б.О.</i> Поняття та правова природа корпоративних правовідносин: позиція доктрини та судової практики	290
<i>Фоміна О.І.</i> Взаємовідносини між адвокатом та клієнтом: зарубіжний досвід	296
Проблеми права інтелектуальної власності	
<i>Бошицький Ю.Л.</i> Поглиблення правової культури громадян як засіб оптимізації охорони інтелектуальної власності в Україні	300
<i>Safarov A.T.</i> The system of legislation of the Republic of Azerbaijan in the field of protection of copyright and related rights	306
<i>Вішар Ю.Ю.</i> Правова диференціація при вітчизняному законодавчому дефолті у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби	311
<i>Компанець С.М.</i> Участь спеціаліста у кримінальному провадженні про порушення прав інтелектуальної власності	318
<i>Кузьмич І.І.</i> Правовий статус класифікаційної мутації біомедіаінтелектуального продукту	323
<i>Стройко І.А.</i> Новели правового регулювання платформ спільного доступу до відео у контексті захисту суміжних прав на програму	330
Аграрне, земельне та екологічне право	
<i>Бусуйок Д.В.</i> Сучасний стан розвитку законодавчих засад медіації земельних спорів	337
<i>Євстігнеєв А.С.</i> Правове забезпечення пожежної безпеки в лісах України як складової екологічної безпеки	341
<i>Гринько С.В.</i> Юридико-фактичний елемент безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами України в порядку відведення як підстави виникнення земельних правовідносин права приватної власності	345
<i>Якубович І.І.</i> Особливості правового регулювання реалізації зерна через механізм заставних закупівель	350
Кримінальне право та криминологія	
<i>Жаровська Г.П.</i> Транснаціональна організована злочинність: деструктивний феномен глобалізації	354
<i>Скулиш С.Д., Кузьмін С.А., Горай О.С.</i> До питання необхідності встановлення спеціальних умов допиту в кримінальному провадженні в якості свідка особи, яка має психічні вади	360
<i>Бегма А.П., Муляр Г.В., Ховтун О.С.</i> Кримінальні проступки як новела кримінального та кримінально-процесуального законодавства	365
<i>Гальцова О.В.</i> Безпека засуджених та персоналу установ виконання покарань під час пандемії	369
<i>Гусева К.А., Горбач-Кудря І.А.</i> Профілактичний облік кривдника у практичній діяльності уповноважених підрозділів Національної поліції України з профілактики домашнього насильства	374
<i>Тарасевич Т.Ю., Лазаренко В.В.</i> Кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства окремих суб'єктів господарської діяльності	378
<i>Удовенко Ж.В.</i> Аналіз міжнародного законодавства щодо невтручання в особисте та сімейне життя	383
<i>Часова Т.О.</i> Використання фінансового моніторингу під час розслідування злочинів у сфері економіки	386
<i>Бабій А.Ю.</i> Проблеми класифікації екстремістських злочинів	389
<i>Вацук О.В.</i> Поняття та система злочинів, що вчиняються аудитором як спеціальним суб'єктом злочину	394
<i>Герасименко М.М.</i> Геноцид – злочин проти людяності, особливості розслідування	398
<i>Дегтярьова О.В.</i> Забезпечення інформаційної безпеки у кримінальному провадженні	401
<i>Кабаєв В.М.</i> Особливості об'єктивних ознак злочинів, вчинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище	404
<i>Мирко Б.М.</i> Сучасні детермінанти провокації підкупу	409
<i>Радзівілл А.В.</i> Практика Верховного Суду та рішення Європейського суду, в яких констатовані порушення статті 3 Конвенції	413
<i>Юсубов К.В.</i> Кримінальна відповідальність за порушення порядку виконання судових рішень за законодавством зарубіжних країн	417
Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство	
<i>Рудик П.А.</i> Еволюція стандартів створення і розширення юрисдикції Суду ЄС в установчих документах Європейських співтовариств і Європейського Союзу в долісабонський період	422
<i>Allahverdiyev A.V.</i> Defining war crimes: a look to the prosecution by international criminal judicial bodies	427
<i>Базов О.В.</i> Питання правового статусу Спеціалізованого суду по Косову	433
<i>Грамацький Е.М.</i> Рекодифікація та міжнародне приватне право: до питання принципів	440
<i>Жукорська Я.М.</i> Пандемія COVID-19 та її можливі наслідки для системи ООН	444
<i>Осташова В.О., Литій Є.А.</i> Конгреси Священного союзу як інструменти встановлення міжнародного правопорядку	448
<i>Плахотнюк Н.В., П'ятковська Т.В.</i> Міжнародний кримінальний суд розглядає торгівлю людьми як злочин проти людяності	452
<i>Поліванова О.М.</i> Сумісність застосування заходів люстрації із правом на повагу до приватного життя відповідно до ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод	457
<i>Абдуллаєва С.</i> Міжнародно-правовая защита социальных прав детей с ограниченными возможностями	469
<i>Ranahov A.</i> Main directions of the principle of international legal cooperation in the field of oil export	473
<i>Петренко А.А.</i> Конвенційне регулювання міжнародного співробітництва в рамках ОЕСР	477
<i>Поладов А.</i> Правила защиты персональных данных в правовой системе США	481
<i>Рамазанзаде М.</i> Теоретические взгляды на формирование международного инвестиционного права	485

Гість номера	
<i>Stelina J.</i> Economisation of social policy	489
<i>Сиренко В.Ф.</i> К вопросу о природе политической власти	492
Студентська трибуна	
<i>Дорошенко Д.Р.</i> Окремі питання регулювання міжнародних польотів законодавством України	498
<i>Smirnova S.M.</i> Judicial reform and the fight against corruption in Ukraine	502
Рецензії	
<i>Бслов Д.М.</i> Рецензія на монографію Копчі В.В. «Правозахисна функція держав Центральної Європи: теоретичні та порівняльно-правові аспекти»	507
<i>Дудченко В.В.</i> Рецензія на монографію В.А. Січевлюка «Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)»	508
<i>Іванова А.І.</i> Європейська правова традиція релігійної толерантності очима української дослідниці	510
<i>Омельченко А.В.</i> Фундаментальна теоретико-цивілістична праця з проблематики правової інтерпретації в контексті євроінтеграції	511
<i>Орловська Н.А.</i> Нормативно-правове регулювання інформаційних відносин у діяльності державної прикордонної служби України: теоретичні та організаційні аспекти	513
<i>Остапенко О.І.</i> Новий погляд на забезпечення правопорядку в прикордонній сфері України	514
<i>Старинський М.В.</i> Рецензія на монографію Пожидаєвої М.А. «Платіжні системи: теоретичні засади та фінансово-правове регулювання в Україні»	515
<i>Труба В.І., Шимон С.І.</i> Модерне дослідження з історії юридичної освіти та науки	517
Наші ювіляри	
Славний ювілей знаного цивіліста І.А. Бірюкова	519
Сторінки пам'яті	
Світлій пам'яті Ю.І. Нипорка	521
Редакційні повідомлення	522

Адреса редакції: 01601, м. Київ, вул. Трьохсвятительська, 4.
 Головний редактор: +38044-278-51-55. Редактор: +38044-235-63-24, +38097-431-97-77.

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

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 28.07.2020. Формат 60×84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 60,7. Обл.-вид. арк. 85,4. 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

2020/2

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

ISSN 2219-5521

**“Law Review of Kyiv University of Law” is included into the professional
publication list “Legal sciences”, category “B”
(Ministry of Education and Science of Ukraine: order № 1643, 2019/12/28)**

The journal is entered in the international scientific metric bases

**HeinOnline (USA)
and
“Index Copernicus International” (Poland)**

Recommended for publishing
by V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the NAS of Ukraine Academic Council
(protocol № 5, 2020/06/30)

Subscription index 23994

Editorial team

Nataliya Malysheva, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NALS of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine (*Editor-in-Chief*);

Yuriy Shemshuchenko, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NAS of Ukraine, Director of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Yuriy Boshytskyi, Ph.D. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Rector of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine (*Editor-in-Chief deputy*);

Tetiana Khodakivska, Head of the Department of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine (*editor*);

Olha Andriyko, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Oleksandr Batanov, Dr. hab. in Law, Professor, Leading Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Sergiy Bilotsky, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Arif Guliev, Dr. hab. in Law, Professor of the National Aviation University;

Sergey Koroed, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Head of the Department of King Danylo University;

Olexander Kostenko, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NALS of Ukraine, Merited Figure of Science and Technology of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Pavlo Kulynych, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Leading Researcher, Head of Sector of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Viktor Ladychenko, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of the National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine;

Volodymyr Luts', Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NALS of Ukraine, Merited Figure of Science and Technology of Ukraine, Head of the Department of the Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the NALS of Ukraine;

Maryna Medvedieva, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Mykola Onishchuk, Dr. hab. in Law, Professor, Rector of the National School of Judges of Ukraine;

Natalia Parkhomenko, Dr. hab. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Scientific Secretary of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Tetiana Podorozhna, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of Lviv University of Trade and Economics;

Vadym Popko, Ph.D. in Law, Associate professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Kostiantyn Savchuk, Ph.D. in Law, Senior Researcher, Senior Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Yana Simutina, Dr. hab. in Law, Senior Researcher, Senior Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Gennady Tymchenko, Dr. hab. in Law, Leading Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Larisa Udovyka, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of Zaporizhzhia National University;

Igor Usenko, Ph.D. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Volodymyr Shatilo, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Kyiv National Linguistic University;

Svitlana Shimon, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman;

Olga Shpakovych, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv.

Editorial team foreign members:

Amir Aliyev, Dr. hab. in Law, Professor, Dean of the Faculty of Law of Baku State University (Azerbaijan);

Rainer Arnold, Dr. hab. in Law, Professor of the University of Regensburg (Germany);

William E. Butler, Dr. hab. in Law, Professor, Foreign Member of the NAS of Ukraine and NALS of Ukraine, Emeritus Professor of University of London, Professor of Pennsylvania State University (USA);

Adam Makharadze, Dr. hab. in Law, Professor, Dean of Law and Social Science Faculty of Batumi Shota Rustaveli State University (Georgia);

Herbert Schambeck, Dr. hab. in Law, Professor (Austria);

Veronika Szikora, Professor, Dean of the Faculty of Law of the University of Debrecen (Hungary);

Andrzej Szmyt, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of Constitutional Law and Administration of the University of Gdańsk (Poland).

CONTENTS

<i>Yuriy Boshytskyi</i> . New challenges and tasks for Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine in the face of the pandemic	11
Outstanding Ukrainian Lawyers	
<i>Tetyana Bondaruk</i> . Prominent Ukrainian jurist Mykola Oleksiiovych Maksymeiko (to the 150th anniversary of his birth)	16
State and law theory and history. Philosophy of law	
<i>Nataliia Onishchenko</i> . The social dimension of the modern legal realities	23
<i>Nataliia Parkhomenko, Tetiana Podorozhna</i> . Legal reform as an instrument of constitutionalization of the legal order	26
<i>Anatolii Kostruba</i> . Pedagogical model of the formation of professional competences of lawyers: Ukrainian reality	31
<i>Leontiy Diachuk</i> . Basilicorum libri: secundae nuptiae	36
<i>Tereziia Popovych</i> . Legal obligation as the legal value	43
<i>Liudmyla Protosavitska</i> . Theoretical and legal aspects of the research of values	48
<i>Nataliia Fedoruk</i> . Public Law of Ukraine under the conditions of a post-industrial state	51
<i>Khalida Alisoy</i> . Developing the right to social security: the experience of European countries	54
<i>Denis Bobrovnik</i> . The “local / global” dichotomy as a fundamental concept of the acquisition of international legal personality by a territorial community	58
<i>Ostap Kravchuk</i> . Social danger, culpability and punishability as indicia of oath-breaking	66
<i>Oksana Lesyk</i> . Formation of legal regulation of land relations in the Volyn province as part of the Russian Empire (1793–1917)	72
<i>Yurij Olijnyk</i> . Procedure for consideration of cases in the Court of Appeal of Lviv (1919–1939s)	77
<i>Yurii Sverba</i> . The role of free legal aid in the mechanism of access to justice	83
Constitutional law. Municipal law	
<i>Oleksandr Batanov</i> . Comparative characteristics of unitarism and federalism: conceptual aspects of theory and practice	87
<i>Volodymyr Makarchuk, Volodymyr Markovskiy, Roman Demkiv, Anatolii Lytvynenko</i> . The adjudication of the language of education case in the Constitutional Court of Ukraine – a comparative analysis with ECtHR jurisprudence	94
<i>Nataliia Batanova</i> . Purpose, tasks and functions of constitutional and legal responsibility: questions of efficiency of realization	104
<i>Oleksandr Boyarskyi</i> . Formation of the phenomenology of municipal man within civil society and the state	110
<i>Oleksandr Kalynovskiy, Serhii Tkachenko</i> . Observance of right to private life (personal privacy) inviolability by pre-trial investigation agencies	118
<i>Borys Kofman</i> . Current Issues of Normo-designing of the Legal Status OF Human and Citizen in the Constitutional Law of Ukraine: to the Formation of the Procedure and Stage Paradigm	123
<i>Natalia Verlos</i> . Constitutionalization of digital rights: domestic practice and foreign experience	130
<i>Liliia Nikitenko</i> . Crowdsourcing as an instrument of participatory democracy	133
<i>Andrey Irkliienko</i> . Constitutional and legal status of the Constitutional Council of France	138
<i>Andriy Kalarash</i> . Consumerism and communitarianism: current issues of determinism and interaction within the territorial community	141
<i>Mykola Kompaniets</i> . Organizational and organizational and legal activities of local governments in the implementation of free legal aid	147
<i>Yuriy Maksimenko</i> . Formation of local self-government bodies of Ukraine in soviet times	154
<i>Heorhii Moisei</i> . Problems of enforcement of the right to human dignity in Ukraine	160
<i>Lidia Rozhok</i> . Globalization and standards of constitutional interpretation	164
<i>Oleksandr Spodynskyi</i> . State (official) language proficiency as an obligatory condition to acquire citizenship: Ukrainian and European experience	169
<i>Ruslan Hwan</i> . Municipal state policy: ontological and normative approaches to determining the elemental composition	173
State governing and administrative law issues. Financial law. Information law	
<i>Iurii Georgiievskiy</i> . Entities of UJITS development: advantages and disadvantages of state and private enterprises involving ...	180
<i>Natalya Kogut</i> . Perspectives of Further Reform of Judicial System	186
<i>Irina Kostenko, Sofia Ogjevich</i> . Theoretical and legal analysis of lacunae in reforming the prosecution authorities system	191
<i>Tetiana Kostetska</i> . Unitarism and a new paradigm of the Ukraine state information policy	195
<i>Larysa Trofimova</i> . Problematic points of the quality of qualification assessment of judges	198
<i>Yevhen Bakutin</i> . The principle of legality in the activities of the police during the use of technical means of recording administrative offenses	208
The issues of civil law, commercial law, labour law and social security law of Ukraine	
<i>Lyudmila Vakaryuk, Igor Babin</i> . On the question of the criteria for the classification of labor regimes	214
<i>Nataliia Nykytchenko, Vladyslav Ostrynskiy</i> . Problems of the law choice and its limitations while EPC-contracts concluding ...	218
<i>Andrii Smitiukh</i> . The exercise of the corporate rights certified by the corporate shares (stocks) encumbered with the usufruct ...	223
<i>Oleksandra Bilyk</i> . Issues concerning divorce in European Court of Human Rights case law	228
<i>Ivan Demchenko, Anzhela Berzina</i> . Medicines Advertising: Legal Practice	233
<i>Nataliia Kvit</i> . Legal regime of unimplanted embryos in vitro from the positions of doctrine, civil law and judicial practice	238
<i>Anna Novak</i> . Legislative support for the maintenance of alimentary obligations for child in Ukraine	243
<i>Nataliia Opanasiuk, Iryna Melnyk</i> . Norms of the tourist law of Ukraine: concepts, signs and structure	246
<i>Regina Skipenko</i> . The problem of exercising the right to an old-age pension on preferential terms	251
<i>Taras Sofiiuk</i> . Privacy and the concept of generations of human rights	255
<i>Oleg Khalabudenko</i> . A critical look at the policy of law in the context of the reform of the civil code of Ukraine (some methodological remarks)	259
<i>Anastasiia Vyshnevskva</i> . The impact of distrust of the judiciary on enforcement of court decisions in Ukraine	263
<i>Andriy Gulyk</i> . The forms and methods of optimization of civil procedure	266

<i>Iryna Danilova</i> . Regarding certain historical and legal preconditions for the formation and development of transport law	269
<i>Nataliya Dubytska</i> . The legal borders of the responsibility in private law	273
<i>Svitlana Mamedova</i> . Property status of the parties as a basis for reducing the amount of penalties	277
<i>Iryna Romanska</i> . On the question of the ratio between the <i>condictio</i> and the <i>vindicatio</i>	281
<i>Sergiy Savchuk</i> . Special aspects of legal regulation of fixed-term employment contracts of some European countries	286
<i>Borys Soloviov</i> . The concept and legal nature of corporate relations: the position of doctrine and judicial practice	290
<i>Oksana Fomina</i> . Relationship between an advocate and a client: foreign experience	296
Intellectual property law issues	
<i>Yuriy Boshytskyi</i> . Deepening citizens' legal culture as a means of the optimization of intellectual property protection in Ukraine	300
<i>Azer Tofiq Safarov</i> . The system of legislation of the Republic of Azerbaijan in the field of protection of copyright and related rights	306
<i>Iuliia Vishar</i> . Legal differentiation in the case of domestic legislative default in the field of intellectual property for medicines	311
<i>Yevhenii Kompanets</i> . The specialist's report as a prerequisite for proving infringement of intellectual property rights in criminal cases	318
<i>Iryna Kuzmych</i> . Legal status of biomedintellectproduct classification mutation	323
<i>Iryna Stroyko</i> . Novels of legal regulation of the video-sharing platforms in the context of the related rights in the programme	330
Agricultural, land and environmental law	
<i>Diana Busuiok</i> . The current state of development of legislative bases mediation of land dispute	337
<i>Andrii Yevstihnieiev</i> . Judicial protection of several legitimate environmental interests as a way to prevent violations of environmental security	341
<i>Sergiy Grynko</i> . Legal-Factual Element of Unpaid Privatization of Land Plots by Citizens of Ukraine in the Order of Allotment as of the Basis for the Occurrence of Land Legal Relations of Private Ownership Right	345
<i>Igor Iakubovych</i> . Features of legal regulation of grain sales through the mechanism of mortgage purchases	350
Criminal law and criminology	
<i>Halyna Zharovska</i> . Transnational organized crime as a destructive phenomenon of globalization	354
<i>Yevhenii Skulysh, Sergiy Kuzmin, Oleh Horai</i> . On the issue of the necessary establishment of special conditions for interrogating a person with mental disabilities as a witness in criminal proceedings	360
<i>Andrii Begma, Galyna Muliar, Oleksii Khovpun</i> . Criminal misdemeanors as a novelty of criminal and criminal procedure legislation	365
<i>Olena Haltsova</i> . Safety of Convicts and Correctional Staff in Pandemic	369
<i>Katerina Guseva, Ivanna Gorbach-Kudrya</i> . Preventive accounting of the rapist in the practical activities of authorized units of the National Police of Ukraine for the prevention of domestic violence	374
<i>Tetyana Tarasevich, Vitaliy Lazarenko</i> . Criminal liability for bringing bankruptcy of certain business entities	378
<i>Zhanna Udovenko</i> . Analysis of international legislation on non-interference in personal and family life	383
<i>Tetiana Chasova</i> . Use of financial monitoring in the investigation of crimes in the economic sphere	386
<i>Alla Babii</i> . Problems of classification of extremist crimes	389
<i>Olena Vashchuk</i> . The concept and system of crimes committed by the auditor as a special subject	394
<i>Mykola Gerasymenko</i> . Features of the investigation of genocide	398
<i>Olha Dehtiarova</i> . Ensuring information security in criminal proceedings	401
<i>Vitalii Kabaiev</i> . Features of objective signs of crimes committed by officials who hold a particularly responsible position	404
<i>Bohdan Myrko</i> . Modern determinants of bribery provocation	409
<i>Alla Radzivill</i> . The practice of the Supreme Court and the decisions of the European Court concluding violations of article 3 of the Convention	413
<i>Kostyantyn Yusubov</i> . Criminal liability for violation of the order of enforcement of judgments under the laws of foreign countries	417
The legal system of Ukraine and international law, comparative legal studies	
<i>Petro Rudyk</i> . The evolution of standards for the creation and extension of jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the founding instruments of the European Communities and the European Union in the pre-Lisbon period	422
<i>Alovsat Allahverdiyev</i> . Defining war crimes: a look to the prosecution by international criminal judicial bodies	427
<i>Olexandr Bazov</i> . Questions of the Legal Status of a Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office	433
<i>Ernest Gramatskiy</i> . Recodification and private international law: to the issue of principles	440
<i>Yaryna Zhukorska</i> . COVID-19 and its possible impact on the UN system	444
<i>Valeriia Ostashova, Yevheniia Lypii</i> . Holy Alliance Congresses as instruments of establishing international law and order	448
<i>Nataliia Plakhotniuk, Tetiana Piatkovska</i> . International Criminal Court considers Human Trafficking as a Crime Against Humanity	452
<i>Olena Polivanova</i> . Compatibility of lustration measures application with the right to respect for private life according to art. 8 of the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms	457
<i>Sevinj Abdullayeva</i> . International legal protection of social rights of children with disabilities	469
<i>Anar Panahov</i> . Main directions of the principle of international legal cooperation in the field of oil export	473
<i>Anatolii Petrenko</i> . Conventional Regulation of International Cooperation within OECD	477
<i>Araz Poladov</i> . Data protection rules in the united states legal system	481
<i>Malik Ramazanade</i> . Theoretical views on formation of international investment law	485
Issue guest	
<i>Jakub Stelina</i> . Economisation of social policy	489

Contents

<i>Vitaliy Sirenko</i> . To the issue of the nature of political power	492
Students' forum	
<i>Dmytro Doroshenko</i> . Some issues of regulation of international flights by the legislation of Ukraine	498
<i>Sofia Smirnova</i> . Judicial reform and the fight against corruption in Ukraine	502
Reviews	
<i>Dmytro Belov</i> . A review of the monograph by V. Copchi "The function of human rights protection of Central European States: theoretical and comparative legal aspects"	507
<i>Valentyna Dudchenko</i> . A review of the monograph by V. Sichevlyuk "The evolution of the category "legal personality" (theoretical and applied principles)"	508
<i>Anastasiia Ivanova</i> . European legal tradition of religious tolerance in the eyes of a Ukrainian researcher	510
<i>Andriy Omelchenko</i> . The fundamental theoretical and civil paper on the issue of legal interpretation in the context of eurointegration	511
<i>Natalia Orlovska</i> . Normative and legal regulation of information relations in the operation of the State Border Guard Service of Ukraine: theoretical and organizational aspect	513
<i>Oleksii Ostapenko</i> . A new view of ensuring law and order in the border area of Ukraine	514
<i>Mykola Starynskyi</i> . A review of the monograph by Pozhidayeva M. "Payment systems: theoretical principles and financial and legal regulation in Ukraine"	515
<i>Vyacheslav Truba, Svitlana Shimon</i> . Modern research on the history of legal education and science	517
Our people celebrating their jubilees	
The glorious jubilee of the well-known civilian law researcher I. Biryukov	519
Memory pages	
In memoriam of Yu. Nyporko	521
Editorial message	522

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

The editor-in-chief: +38044-278-51-55. The editor: +38044-235-63-24, +38097-431-97-77.

www.chasprava.com.ua **www.kul.kiev.ua**

e-mail: chasprava@ukr.net

The editor *T.Khodakivska*. The artist *V.Zhyborovskiyi*.
Computer premastering *A.Bondarenko*

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

Signed for printing 2020/07/28. Format 60×84 1/8. Offset printing. Conventional printed sheets 60,7. Published sheets 85,4. 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

Юрій Ладиславович Бошицький, професор, ректор Київського університету права НАН України

НОВІ ВИКЛИКИ ТА ЗАВДАННЯ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА НАН УКРАЇНИ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ

Завдяки коронавірусу COVID-19 суспільне життя України, як і в цілому світі, зазнало кардинальних змін та ускладнень, не характерних раніше та всім нам невідомих. Київський університет права НАН України (далі – КУП НАН України) опинився в іншій реальності – призупинилась студентська активність, традиційне спілкування між викладачами, змінилися графік і методи щоденної роботи. Можна сказати, що університетське життя з його освітнім процесом набуло принципово інших форм. Було дуже швидко впроваджено дистанційне навчання.

У цьому є певний позитив, виходячи з того, що дистанційне навчання має низку переваг порівняно з традиційним. Зокрема, це впровадження і використання в навчальному процесі нових передових освітніх технологій, більш швидка та ефективна доступність до джерел будь-якої інформації через систему Інтернет, чітка індивідуалізація навчання, а також нова й зручна система консультування тощо. До цього можна додати також і певні достатньо демократичні стосунки між сторонами навчального процесу – студентом і викладачем, зручний графік їх взаємодії та саме місце роботи.

Впровадження дистанційних технологій у навчальний процес спрямовано передусім на більш глибоке розуміння як самого навчального матеріалу, так і формування певних компетенцій. Йдеться про безпосереднє спілкування за допомогою можливостей, що їх надає Інтернет, самостійний пошук інформації з різних джерел та можливість її критичного осмислення, вміння навчатись самостійно.

Дистанційна освіта в КУП НАН України виявила і необхідність підвищення вимог до виконання завдань за розробленим графіком та перевірку отриманих робіт. Це посилило налагодження зворотного зв'язку зі студентами, підтримку комунікацій через електронну пошту та дало можливість задіяти переваги скайпу, вайберу, messengerу тощо. Викладачам необхідно було запровадити нові методи роботи з різними групами студентів у соцмережах. Ці нові методи надали здобувачеві освіти можливість у режимі онлайн одержати консультацію безпосередньо від викладача. Специфіка такої роботи полягає у тому, що студент через Інтернет може ознайомлюватися з навчальним матеріалом, а це, як правило, матеріал текстовий або відео, виконати практичне завдання та відправити його на перевірку, пройти електронне тестування.

З метою забезпечення аудіовізуального контакту між студентом та викладачем стало актуальним оптимізувати вже існуючу упродовж десяти років у КУП НАНУ освітню систему програмного вебінарного забезпечення «Zoom.us». Ця освітня система є безкоштовною і дає змогу підключати значну кількість користувачів, завантажувати навчальний контент, вести письмовий чат тощо. Така система допомагає студентові легко вступати в дискусію, переглядати навчальний контент через смартфон. Це сучасно, ефективно й зручно. Такий формат проведення занять доволі комфортний.

Для викладачів КУП НАН України інтерактивна взаємодія зі студентами у режимі діалогу є зрозумілою і достатньо ефективною. По-перше, це швидке розсилання навчальних матеріалів в електронному поданні. По-друге, зручний швидкий доступ до інформаційних ресурсів Інтернет. По-третє, перевірка та контроль знань у дистанційному режимі стає зручнішими. По-четверте, оптимальна можливість оперативної взаємодії між студентами. По-п'яте, більш зручними стають накопичення статистичних даних, аналіз та управління навчанням. Забезпечуються також значно кращі можливості для створення індивідуальних графіків навчання для різних груп студентів.

Враховуючи те, що студенти КУП НАНУ окрім електронного та дистанційного навчання можуть використовувати мобільні персональні комп'ютери, планшети, ноутбуки, аудіопрогравачі для запису та прослуховування лекцій, електронні книжки, мобільні телефони, смартфони, то з технічного боку проблем немає. Інше важливе питання полягає в тому, чи готові до дистанційного навчання безпосередньо викладачі. Перед ними раптово постало питання необхідності швидкого створення та підлаштування своїх лекційних мате-

ріалів, структурування своїх курсів за розділами, а також наповнення їх, використовуючи власні лекції в документальному або відеоформаті чи ворді.

Для КУП НАН України дистанційне навчання в цілому стало зручним і ефективним. Однак є багато проблем щодо удосконалення та оптимізації цих процесів. Насамперед тому, що сторони навчального процесу, тобто студент та викладач, мають бути відповідно і добре підготовлені. Наприклад, викладач може організувати лекції для декількох курсів одночасно, запрошувати студентів та інших викладачів, більш детально і структуровано планувати навчальний процес. Викладач може надсилати завдання та роздавати і контролювати їх виконання, перевіряючи в одному сервісі. І студентам зручно, бо вони можуть переглядати ці завдання, планувати строки їх виконання відповідно до календарного плану курсу та індивідуальних планів, надсилати вчасно вже виконані роботи для перевірки. Варто наголосити й на тому, що сервіс доступний і безкоштовний, а матеріали та особисті дані користувачів не потрапляють до інших сервісів. Не менш важливим є й те, що в цілому відбувається також велика економія часу і паперу.

Дистанційна комунікація надає викладачеві певні переваги, оскільки він може публікувати завдання, розсилати оголошення й починати обговорення, а студенти – обмінюватися матеріалами, додавати коментарі й спілкуватися за допомогою електронної пошти.

Враховуючи, що інформація про здані роботи постійно оновлюється, викладачеві значно легше й зручніше швидко перевіряти завдання, ставити оцінки та додавати свої коментарі. Водночас, незважаючи на очевидні плюси дистанційного навчання, воно ще не стало і не стане альтернативою живого спілкування зі студентами. Можна стверджувати, що дистанційне навчання сильно модернізує взаємодію учасників освітнього процесу, збагачує їх новітніми Інтернет-технологіями, розширює рамки традиційних освітніх методів, але не може підмінити цінність, ефективність та якість живого традиційного спілкування в процесі передачі знань, тобто навчання.

Однак динаміка розвитку освітніх процесів сьогодні і вплив на них таких об'єктивних явищ, як COVID-19, вимагають більш глибокого осмислення з метою оптимізації якості надання освітніх послуг. Тому при створенні дистанційних курсів найбільша увага повинна приділятися тим програмам, що контролюють рівень знань і навичок студентів. Важливо використовувати різні навчальні програми, до яких належать так звані програми-тренажери. Ці програми призначені для закріплення наданих знань, а також для самопідготовки, коли теоретичний матеріал уже засвоєно. Окрему увагу варто приділити так званим наставницьким програмам, які орієнтовані на засвоєння нових понять у формі діалогу. Це також і демонстраційні програми, мета яких – у наочній демонстрації навчального матеріалу описового характеру з використанням діалогу або інтерактивної графіки тощо. Є ще ряд інших програм, які мають інформаційно-довідкову мету і призначені для отримання необхідної довідкової інформації. Дистанційне навчання потребує, щоб програми були адекватно виділені та зафіксовані за допомогою відповідного оформлення, як правило, кольорового, естетичного та звукового супроводу. Необхідно також використовувати різні можливості ефектів анімації тощо. Також освітні вебресурси повинні відповідати певним педагогічним, технічним, ергономічним, естетичним вимогам, базуватися на понятті «професійна компетентність». Вони мають містити достатній обсяг якісної інформації, орієнтованої на навчання.

Для КУП НАН України задля надання якісних освітніх послуг у сфері юриспруденції інтерактивність, віртуалізація, навчально-методичне забезпечення будь-якої дисципліни є інструментом для обліку та контролю роботи студентів. Вони надають можливість встановлювати терміни виконання завдань, застосовувати аудіо- та відеоматеріали, коригувати навчально-методичні матеріали тощо. Зрозуміло, що студентам потрібно швидко навчатися прилаштовуватися до іншого способу взаємовідносин із викладачами, перебудовувати свою активність. Саме тому їм потрібна відповідна психолого-педагогічна підтримка. Як правило, це поради від наставників, які могли б зробити навчання онлайн більш ефективним. Прикладом може бути необхідність унормування навчання за розкладом, регулярні перерви, чергування онлайн-навчання з іншими видами навчальної діяльності та спілкуванням. На жаль, в умовах карантину це можливо тільки віртуально. Дуже важливим є дотримання режиму дня, адекватне харчування та відпочинок. Разом із тим необхідне також забезпечення організації робочого простору, стабільного з'єднання з Інтернетом, належна вентиляція приміщення, усунення відволікаючих факторів і виставлення пріоритетів. Окремо варто наголосити і на необхідності усвідомлення збільшення власної відповідальності за результати навчання студентом.

Дистанційне навчання в цілому, і в КУП НАН України зокрема, дає викладачеві змогу регулювати навантаження, давати не лише нові завдання і оцінки, а й мотивувати студентів до успіху, спілкуватися з ними та надавати їм максимальну підтримку. Водночас і викладачам потрібні такі вимоги, як розширення власних знань щодо оптимізації забезпечення дистанційної освіти зі своєї дисципліни, підготовка нових методичних рекомендацій. Наш викладач повинен бути достатньо підготовленим для написання та переведення лекцій у форми, придатні для дистанційного навчання, електронних підручників, тестів, інформаційних керованих баз даних і банків наукових знань, а також має вміння керувати навчальною діяльністю студентів на відстані.

Викладачеві КУП НАН України важливо вивчати і знати думку студентства щодо організації віртуального середовища, в якому обидві сторони освітнього процесу можуть максимально зручно співпрацювати. Справа в тому, що значна кількість наших студентів вважає дистанційну освіту менш якісною порівняно з очним навчанням, проте більш комфортно порівняно з денною формою. Вчитися звичайним способом їм цікавіше, оскільки є особисте спілкування з викладачами. Деякі студенти вважають, що дистанційне навчання – тільки допоміжна форма освіти.

Тому адміністрація університету, ректорат вимагає від викладачів і створює необхідні умови для розробки й впровадження в навчальний процес цікавих і глибоко інформативних дистанційних курсів, заміну

текстових варіантів лекцій на відеоформатні. А також стежити за тим, щоб викладачі постійно підтримували зв'язок зі студентами.

Нам потрібно мати зворотній зв'язок зі студентами, зрозуміти, що вони думають та відчувають. І тому викладачеві слід шукати спосіб активізації аудиторії, мотивування студентів до подальшого навчання.

Колектив КУП НАН України розуміє й усвідомлює, що сучасне інформаційне суспільство вже вступило у так звану «розумну» та інтелектуальну стадію «*смарт*». Ця стадія нашого розвитку характеризується насамперед наявністю комунікаційних технологій колективної діяльності, трансформацією та модернізацією усіх сфер життя суспільства, зокрема й освіти. *Характерною рисою смарт-технологій, до яких належить і e-learning є їх здатність до миттєвого реагування на зміни у зовнішньому середовищі.* Смарт-технології ставлять вимогу до викладацького складу вміння володіти *колективною мережевою компетенцією*. Тому в організації трудової діяльності найбільшої цінності набуває не так інтенсивна робота, що базується на знаннях, як *колективний інтелект*. А в управлінні викладацьким ресурсом більша вимога ставиться до *креативного знання на основі співпраці* і партнерства, де домінуючими цінностями повинні бути гнучкість, креативність та орієнтація на студента.

Виходячи з наведеного вище, плануючи та удосконалюючи систему дистанційного навчання в університеті, ми повинні враховувати сучасні тенденції в освіті. Тому й намагаємося володіти сукупністю таких ресурсів, як кадрові, матеріальні, фінансові, інтелектуальні, науково-технічні тощо, що необхідні для ефектively реалізації дистанційної освіти в умовах карантину.

Звісно, що з часом епідемія COVID-19 буде зупинена й життя увійде в усталене русло, проте після отриманого досвіду система координат нашого розвитку і національної освіти, зокрема, зміниться назавжди.

Слід зауважити, що КУП НАН України є унікальною для освітнього простору країни формою поєднання юридичної науки і освіти, своєрідним науково-освітнім комплексом у сфері юриспруденції. Наш заклад реалізує ідею зближення юридичної освіти з наукою, що стало концептуальним і визначило імідж КУП НАНУ серед багатьох інших. Головна особливість університету – це поєднання навчання з науково-дослідною роботою, активна участь у численних міжнародних і національних програмах, високий рівень професорсько-викладацького складу, новітні методичні розробки та програми для забезпечення освітнього процесу, індивідуальний підхід до студентів, у результаті чого постійно зростає попит на випускників нашого університету.

Незважаючи на карантин, ми продовжуємо в освітній процес постійно впроваджувати інноваційні форми та методи навчання, які сприяють розвитку інтелектуальних здібностей студентів. Йдеться про застосування різних методик, педагогічних прийомів, серед яких є лекції-дискусії, майстер-класи відомих вчених та науковців – як вітчизняних, так і зарубіжних тощо.

Традиційні наші майстер-класи для студентів можна охарактеризувати як модель викладання будь-якої юридичної дисципліни високоавторитетними педагогами – академіками, член-кореспондентами, професорами або визнаними у своїй галузі висококваліфікованими фахівцями – суддями, прокурорами, адвокатами тощо. Сьогодні, в умовах карантину, ми намагаємося зберегти цінність і проведення майстер-класів, однак у дистанційній формі. Із 2018 р. в університеті успішно реалізується проєкт «Діалоги відомих особистостей світу зі студентами», який буде продовжено в наступному навчальному році тільки онлайн.

Використання інформаційних технологій в освітньому процесі дає нам змогу підвищити якість підготовки та викладання навчального матеріалу, створити викладачеві додаткові можливості для побудови індивідуальних «освітніх траєкторій» студентів. Ми починаємо більш активно і широко використовувати електронно-дистанційну форму навчання, яку часто називають «освітою протягом усього життя». Оскільки більшість тих, хто здобуває другу вищу освіту, це вже дорослі люди. Здебільшого вони вже мають вищу освіту, проте у зв'язку з необхідністю підвищення кваліфікації або розширення сфери діяльності в них виникає потреба швидко та якісно засвоїти нові знання, набути навички нової роботи. А для цього електронна форма навчання та доступ до освітніх ресурсів університету реалізується через освітній вебпортал, на якому розміщено наше віртуальне навчальне середовище.

Дистанційна освіта КУП НАН України долає територіальний фактор нерівності в доступі до якісної вищої юридичної освіти, залежність від місця проживання. Могутній інформаційний ресурс, реалізований у дистанційній освіті за допомогою новітніх технологій, забезпечує нашим здобувачам можливість користуватися інноваційним розвитком правничої освіти в цілому.

Вдале запровадження новітніх технологій в нашому освітньому процесі використовується вже давно. Хоча тільки зараз, в умовах карантину, воно максимально активізувалося. Наша екзаменаційна комісія вже приймала комплексний екзамен зі спеціальних дисциплін у студентів, які з тих чи інших причин не проживали в Україні, а перебували, наприклад, у США.

Окремо слід наголосити на дистанційній можливості поглибленого вивчення англійської та німецької мови, оскільки наші студенти – міжнародники обов'язково повинні володіти двома іноземними мовами. Випускники-магістри за спеціальністю «Міжнародне право», отримуючи дипломи, крім фаху «юрист-міжнародник» отримують ще й кваліфікацію «перекладач».

Вже багато років КУП НАН України успішно розвиває музейну справу. Ми створили унікальні музеї. Зокрема, це музей контрафактної продукції Українського альянсу по боротьбі з підробками та піратством, музей комп'ютерних технологій та криміналістичної техніки, музей криміналістики ім. Ганса Гросса, кабінет-музей трасології і дактилоскопії, музей історії українського права ім. М.П. Василенка тощо. Сьогодні, в умовах карантину, ми будемо намагатися зробити ці музеї доступними не тільки для наших студентів, а й для широких верств населення тільки онлайн.

Кілька років тому в КУП НАН України було створено спільно з посольством Угорщини в Україні Центр угорської культури та права – з метою отримання студентами КУП НАНУ знань з права, культури, історії та традицій Угорщини. У цьому кабінеті розміщено сучасну комп'ютерну техніку, яка дає нам можливість проведення різних наукових заходів – семінарів, круглих столів з угорськими науковцями та представниками дипломатичних місій Вишеградської четвірки. Умови карантину вимагають від нас використання цього центру дистанційно. Зараз ведуться переговори з угорськими колегами-науковцями, угорськими університетами щодо проведення наших традиційних щорічних україно-угорських очних конференцій також онлайн.

Доцільно зазначити, що в сучасних умовах вимоги до професійної підготовки юристів постійно ускладнюються, а тому і призначення юридичної освіти полягає в тому, щоб передати майбутньому правнику не тільки глибокі загальнотеоретичні знання та загальнокультурні основи, а й сформувати комунікативні здібності, критичність та культуру мислення, здатність приймати самостійні рішення тощо. Саме з цією метою в університеті, вже упродовж багатьох років, успішно функціонує юридична клініка «Фенікс». Її основні завдання та напрями діяльності полягають у впровадженні в освітній процес елементів формування у студентів практичних навичок у сфері надання юридичних послуг, забезпечення можливості професійного спілкування студентів університету із провідними юристами-практиками, проведення наукових досліджень у сфері практичної освіти. Студенти нашого університету під керівництвом провідних викладачів надають безоплатну правову допомогу малозабезпеченим верствам населення не тільки м. Києва. Це консультації у сфері пенсійного забезпечення, тлумачення умов та змісту правочинів (договорів), аліменти-утримання незахищених верств населення тощо. Лівова частка справ, які знаходяться на розгляді юридичної клініки, стосуються сімейних спорів та прийняття спадщини. Активними учасниками безоплатної правової допомоги у юридичній клініці «Фенікс» є понад 30 студентів КУП НАНУ, які вмільо апробують свої теоретичні знання, виконуючи практичні завдання, складаючи позовні заяви, скарги, надаючи консультаційні послуги не захищеним верстам населення. Карантин вимагає від нас змінити вектор надання консультаційних послуг для населення на онлайн режим також.

Таким чином, освітня, наукова і практична підготовка наших студентів-націлена передусім на те, щоб надати їм фаховість, професіоналізм, використовуючи також інноваційні технології в освітньому процесі. А керуючись нормативними положеннями щодо необхідності інтеграції освітнього процесу та наукової роботи, а також створення належних умов для нерозривності освіти й науки, КУП НАНУ щорічно проводить міжнародні та всеукраїнські науково-практичні конференції. Це десять конференцій як в Україні, так і за кордоном – в Угорщині, Польщі, Грузії, Швейцарії, Ізраїлі тощо. І тут ми будемо намагатися переходити на проведення цих наукових студентських та аспірантських форумів на онлайн платформу. Так, новелами наступного навчального року стане підготовка до проведення онлайн конференції: спільно з Батумським державним університетом ім. Шота Руставелі (Грузія); спільно з юридичним факультетом Гданського університету (Польща) IV Міжнародна українсько-польська науково-практична конференція «Сучасні проблеми правотворення: досвід України та Польщі». Цей міжнародний науковий форум поєднує творчий потенціал представників вузівської та академічної юридичної науки України та Польщі у сфері правотворення. Це V Міжнародна українсько-швейцарсько-ізраїльська науково-практична конференція «Актуальні питання права інтелектуальної власності». Співорганізаторами конференції, разом із КУП НАНУ, виступає Всесвітня організація інтелектуальної власності (м. Женева, Швейцарія), Тель-Авівський університет (м. Тель-Авів, Ізраїль), Центр порівняльних правових досліджень, ОНО академічний коледж (м. Кір'ят-Оно, Ізраїль). Традиційно ми проводили й такі науково-практичні конференції, як «Сучасні проблеми правової системи України», що присвячена аналізу теоретичних та практичних проблем розвитку окремих елементів правової системи України, місце правової системи України серед правових систем сучасного світу; «Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії», під час якої розглядаються теоретико-філософські, лінгвістичні та психолого-педагогічні аспекти гуманітарних дисциплін (проходить на базі нашого відокремленого структурного підрозділу – Рівненського інституту); «Сучасні питання європейської цивілістики: досвід Угорщини та України», на яких розглядаються складні проблеми теорії та практики систематизації цивільного законодавства України й Угорщини та їх застосування (проходить спільно з Дебреценським університетом (Угорщина)); «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі», яка присвячена актуальним проблемам права інтелектуальної власності в Україні та Європі, висвітленню ролі, місця та напрямів діяльності ВОІВ щодо консолідації нормотворчої та правозастосовної практики, правового регулювання інтелектуальної власності в Україні та світі. Матеріально-технічна база та програмне забезпечення КУП НАН України дає нам змогу проводити ці заходи онлайн.

Регулярно виходить друком журнал «Часопис Київського університету права». А це – сотні фахових статей, десятки рецензій та наукових повідомлень. Нині «Часопис Київського університету права» складається із 19 розділів. Відбулися зміни й у редколегії журналу. До її складу долучилися відомі українські та закордонні науковці.

Важливе місце в освітній та науковій складовій університету займає наукова бібліотека, головним завданням якої є створення, збереження, організація, використання інформаційних ресурсів для забезпечення освітнього процесу та науково-дослідної діяльності в галузі правознавства. Інформаційні ресурси бібліотеки – це понад 150 тис. примірників літератури, сучасний електронний довідково-бібліографічний ресурс, повнотекстові електронні видання, нормативно-правові акти України. У фондах бібліотеки – усі періодичні видання юридичного спрямування, які видаються в Україні.

Електронний каталог бібліотеки у навчальному році систематично поповнюється на сторінці університетського вебсайту і налічує понад 45 тис. бібліографічних записів. Обсяг повнотекстової бази даних з навчальних дисциплін «Електронна бібліотека студента-правника», сформований бібліотекою, становить до

2 тис. документів. Під час карантину і підготовки до екзаменаційної сесії та державних іспитів фонди нашої бібліотеки доступні як для студентів і аспірантів, так і для викладачів в онлайн режимі також.

Розширення світогляду й формування культури майбутнього юриста забезпечується реалізацією 10 багаторічних соціально корисних проєктів.

Щомісяця в університеті відбувалися культурно-виховні заходи, які висвітлені на сайті КУП НАНУ, Національної академії наук України. На превеликий жаль, ці проєкти не можуть реалізовуватися зараз через карантин. Однак ми розглядаємо можливість із наступного навчального року запустити деякі з цих заходів в онлайн режимі. Наприклад, це онлайн екскурсії по виставкам живопису, які сьогодні прикрашають стіни університету. Зокрема, це виставка відомого львівського художника Леоніда Ковриги, яка була презентована у лютому 2020 р. і зараз розташована в холі університету.

Отже, можна впевнено стверджувати, що незважаючи на проблеми, які створює нам епідемія COVID-19, університет оперативно, гнучко і ефективно перелаштовує своє життя, освітній процес, наукові дослідження в іншу площину. *Ми бачимо й використовуємо такі переваги дистанційного навчання, як свобода і гнучкість, модульність, паралельність, віддаленість, асинхронність, необмежене число учасників навчального процесу, широке застосування різноманітних інформаційних технологій.*

Ми вимушено перейшли в площину онлайн і дистанційного життя.

У 2020 р. колектив університету очікує активна й наполеглива діяльність, спрямована на формування нової генерації фахівців, які, оволодівши фундаментальними та спеціальними знаннями, були б здатними до самостійної творчої праці з урахуванням вимог часу та змін, що відбуваються у суспільстві. І тому, незважаючи на дійсно серйозну загрозу пандемії для суспільства, перелічене вище дає змогу Київському університету права НАН України й надалі крокувати до досягнення його стратегічної мети, а саме: розвитку навчального закладу європейського рівня.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.01

УДК 340.12 (477)(091)

Т.І. БОНДАРУК

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

ORCID: 0000-0003-0566-9857

ВИДАТНИЙ УКРАЇНСЬКИЙ ПРАВОЗНАВЕЦЬ МИКОЛА ОЛЕКСІЙОВИЧ МАКСИМЕЙКО (до 150-річчя від дня народження)

Українське правознавство має давню історію, кожний етап якої важливий для сьогодення. Друга половина XIX ст. – перша половина XX ст. є золотим часом у становленні й утвердженні української гуманітаристики та історико-правової науки, зокрема. Професор М.О. Максимейко – один із тих учених, які творили цей культурно-правовий феномен. Життя і наукова творчість істориків права, а М.О. Максимейко в офіційних документах завжди позиціонував себе саме так, – невід’ємна складова історії правознавства. Його творчий доробок все ще потребує дослідження, аналізу і на цій основі – актуалізації та переосмислення.

Постать М.О. Максимейка, його наукова діяльність не були виключені з наукового обігу тотально. Статті про науковця були вміщені у багатьох довідкових виданнях¹, до його досліджень зверталися і звертаються дослідники Руської Правди, литовсько-руського (західноруського) права, державних і правових інституцій Великого князівства Литовського і Речі Посполитої Ст. Кутшеба, В.І. Пічета, М.М. Тихомиров, О.О. Зімін, М.Б. Свердлов, Р.Л. Хачатуров, С.В. Юшков та багато інших вчених. Справжнє ж повернення науковця у науку відбулося після появи розвідок О.Ф. Скакун «М.О. Максимейко – історик» (1970 р.) та «Максимейко как историк права» (1971 р.) та ін. На сьогодні полиця досліджень виглядає доволі солідно. Завдяки зусиллям С.І. Михальченка, О.М. Богдашиної, І.Б. Усенка, Т.І. Бондарук, М.А. Дамірлі, О.В.Кресіна, С.В. Кудіна, Т.С. Федько та ін. Микола Олексійович Максимейко як освітній діяч, науковець, член-кореспондент ВУАН посів своє місце у пантеоні видатних українських правознавців. 2008 р. С.В. Остапенко здійснила дисертаційне дослідження, в якому на основі архівних матеріалів, серед яких особові і службові справи М.О. Максимейка у Центральному державному архіві вищих органів влади і управління України (ф. 8. оп. 1. спр. 257, 263; ф. 166, оп. 6. спр. 4214, 4580; оп. 12, спр. 4618) та Науковому архіві Президії НАН України, (ф. 251) представила цілісну картину науково-педагогічної та громадської діяльності М.О. Максимейка². Водночас багатогранність особистості професора Максимейка та його творчого доробку викликає дослідницький інтерес і спонукає до подальших студій.

Виходячи з цих міркувань, **мета** даної статті полягає в тому, щоб окреслити життєвий та науково-педагогічний шлях відомого історика права та висвітлити ключові питання його творчого спадку у контексті розвитку історико-правової науки.

Народився майбутній правознавець 5(16) червня 1870 р. у с. Волошинівка Роменського повіту Полтавської губернії (нині – Роменський район Сумської області у родині вихідців із селянства. «В сільській школі, Прилуцькій гімназії (чотири класи), Колегії Павла Галагана, Київському університеті (юридичний факультет)» – відповів на питання «У яких навчальних закладах навчався?» в особовій справі тоді вже викладач Харківського геодезичного та землевпорядного інституту Максимейко (1925 р.).

Головним же освітнім закладом для нього, як і для багатьох визначних науковців, юристів, медиків, літераторів зламу століть, стала Колегія Павла Галагана (1869–1920 рр.), яка «не тільки готувала молодь до навчання в університеті, а й сприяла виробленню у колегіатів готовності присвятити своє життя суспільно корисній діяльності ... була одним з небагатьох навчальних закладів, навчально-виховна система якого частково базувалася на українській національній ідеї», – згадував Максимейко («Воспоминания, прочитанне на

© Т.І. Бондарук, 2020

* *Tetyana Bondaruk, Ph.D. in Law, Senior Researcher, Senior Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

заседанні б'євчих воспитанників коллегіи П. Галагана». Ежегодник коллегіи П. Галагана. 1897 р.). Стипендіат коллегіи, зарахований «за конкурсним іспитом», він, безсумнівно, примножив славу цього визначного навчального закладу.

Після закінчення з відзнакою Київського університету св. Володимира (1892 р.) (за твір «Источники уголовных законов Литовского Статута» (1894 р.) талановитий випускник був відзначений золотою медаллю) М.О. Максимейко упродовж 1893–1895 рр. – професорський стипендіат кафедри державного права. Його науковими керівниками стали М.Ф. Владимирський-Буданов і О.В. Романович-Славатинський. У «Ходатайстве факультета об оставлении Н. Максимейко стипендиатом и предоставлении ему стипендии» серед іншого відзначалися знання мов французької і німецької, відмінні оцінки з обраних предметів, талановитість і любов до справи; бездоганна моральність; здатність правильно і вільно висловлювати свої думки³.

1896 р. молодий дослідник склав іспити на ступінь магістра державного права і після двох «пробних» лекцій М.О. Максимейку було надано звання приват-доцента Київського університету.

Все це обіцяло блискучу наукову кар'єру. І надії цілком виправдалися, про що свідчить більш як 45-річна дослідницька та викладацька діяльність М.О. Максимейка, яка офіційно розпочалася 1 серпня 1897 р., коли його було призначено приват-доцентом, а 7 вересня 1902 р. після успішного захисту дисертації і здобуття ступінь магістра державного права, – виконуючим обов'язки екстраординарного професора кафедри історії російського права юридичного факультету Харківського університету.

Початок Першої світової війни М.О. Максимейко зустрів у Берліні та Парижі, де влітку 1914 р. перебував у науковому відрядженні, а вже 22 лютого 1915 р. він успішно захистив докторську дисертацію «Опыт критического исследования Русской Правды», здобув ступінь доктора наук та став ординарним професором кафедри історії російського права юридичного факультету Харківського університету⁴.

З 1915 р. разом із відомими педагогами В.П. Бузескулом, Д.І. Багалієм, М.Ф. Сумцовим та іншими професорами Харківського університету він, підтримуючи емансипаційну хвилю, викладає історію права на жіночих курсах⁵, створених 1907 р. за клопотанням Товариства взаємодопомоги трудящих жінок як школа університетського типу (до 1919 р.).

Після 1917 р. науковець продовжує епізодичну викладацьку діяльність у університеті, зокрема викладає курс історії українського права на відкритій 30 травня 1918 р. на юридичному факультеті кафедрі південно-руського (тобто українського) права. Після припинення у листопаді 1919 р. занять у Харківському університеті М.О. Максимейко виступає з доповідями на засіданнях юридичного товариства, як член Харківського товариства поширення у народі грамотності читає лекції в секції суспільствознавства Мандрівного університету. З приходом денікінців у 1919 р., як і більшість викладачів Харківського університету, М.О. Максимейко входить до складу Академічного Союзу на допомогу Добровольчій армії та читає лекції для населення.

У 1920 р. у зв'язку з реорганізацією Харківського університету М.О. Максимейка призначено спочатку професором по кафедрі історії держави і права для читання курсу з «Історії права», а згодом – деканом юридичного факультету правового відділення Харківського інституту народного господарства.

Паралельно з березня 1920 р. він працював вченим консультантом кодифікаційного відділу Народного комісаріату юстиції УСРР. Разом із О.І. Хмельницьким, В.І. Сливицьким, О.Л. Малицьким та іншими юристами займався практичними та теоретичними питаннями кодифікації і державотворення. Зокрема, брав участь у роботі комісії з видання інструкцій та порядку провадження цивільних і кримінальних процесів; комісії з обрання додаткових постанов Тимчасового положення про Народні суди та положення про органи юстиції; комісії з опрацювання інструкцій для народних слідчих тощо.

Протягом 1920–1921 рр. М.О. Максимейко задля покращення стану здоров'я був вимушений залишити як освітню, так і громадсько-політичну роботу і тимчасово переїхав на малу батьківщину до Полтавщини. Тут науковець, незважаючи на хворобу, продовжував викладацьку діяльність у професійних соціально-економічній, агрономічній та педагогічній школах Полтавщини. Крім того, виступав з публічними лекціями з права, політичної економії та загальної історії.

1924 р. М.О. Максимейко повернувся до Харкова, де упродовж трьох місяців працював архіваріусом у Харківському історичному архіві. С.В. Остапенко припускає, що допомогу в працевлаштуванні науковцю надав Д.І. Багалій, який на той час був головою Центрального архівного управління.

Цього ж року було задоволено клопотання ученого «у зв'язку з тяжким матеріальним станом та відсутністю роботи» про викладання у Харківському геодезичному та землевпорядному інституті – спочатку позаштатним, а від 15 грудня 1927 р. – штатним професором історії аграрних відносин I групи.

Значною подією для ученого стало обрання, за дієвої підтримки академіка ВУАН М.П. Василенка, членом-кореспондентом ВУАН (1925 р.). З 1926 р. М.О. Максимейко – член Комісії для виучування історії західно-руського та українського права при соціально-економічному відділі ВУАН, головою якої був М.П. Василенко.

У жовтні 1926 р. М.О. Максимейко став співробітником та головою секції історії українського права, відкритої при науково-дослідній кафедрі історії української культури Харківського інституту народної освіти⁶.

У 1929 р. кандидатура професора Максимейка була висунута від Харківського геодезичного та землевпорядного інституту на вибори академіків до ВУАН. В характеристиці, підготовленій за дорученням колективу співробітників вищу професором О.М. Шебаліним, М.О. Максимейко характеризується як один із видатних дослідників історії українського права, його величезна ерудиція, велика, що до сих пір не скорочується ... науково-дослідна робота з історії України, його авторитет в цій галузі як такі, що дають повні підстави для обрання його академіком ВУАН». Однак академіком йому стати не судилося. Його кандидатура підтримана не була – за офіційною версією «так як не було кафедр з відповідного фаху»⁷. Водночас, як зауважує С.В. Остапенко, свій вплив тут мала критика діяльності Харківської науково-дослідної кафедри історії

української культури, у складі якої працював учений, на першій Всесоюзній конференції істориків-марксистів у Москві (грудень, 1928 р.).

У 30-х рр. ХХ ст. М.О. Максимейко продовжував педагогічну та наукову діяльність: до 1933 р. викладав у Харківському геодезичному та землепорядному інституті та до 1934 р. очолював секцію історії українського права при Науково-дослідному інституті історії української культури ім. Д.І. Багалія аж до їх реорганізації, після чого науковець офіційно вийшов на пенсію, але не припинив дослідницької і викладацької діяльності.

Так, упродовж 1934–1936 рр. М.О. Максимейко працював у Науково-дослідному інституті імені Тараса Шевченка (Харків-Київ), готуючи коментарі і матеріали до «Повного зібрання творів» Т.Г. Шевченка, яке, на жаль лишилося незавершеним – у 1935–1937 рр. побачили світ перші два томи, у які матеріали науковця не увійшли.

У 1940–1941 рр. він викладав курс джерелознавства на історичному факультеті Харківського державного університету. І лише два тижні з 1 квітня до дня смерті 14 квітня 1941 р. «великий науковець М.О. Максимейко», як встигнув охарактеризувати його тодішній директор Інституту історії України Академії наук УРСР С.М. Белоусов, працював старшим науковим співробітником цього інституту. Помер Микола Олексійович Максимейко на сімдесят першому році життя у Харкові.

Як бачимо, науково-викладацька, громадська, просвітницька діяльність М.О. Максимейка була багатогранною. Можна сказати, він, інколи вимушено, проявляв різні грані свого таланту. Маючи постійний предмет наукового зацікавлення – історію права, учений займався різними проблемами юридичної науки і практики, демонструючи високий фах та аналітичне мислення, тонке розуміння права, історії, літератури.

Активною була організаторська та громадська діяльність ученого. Серед іншого, слід згадати його роботу з підготовки археологічних з'їздів, які були важливими подіями у тогочасному культурному і науковому житті. Багато зусиль докладав він як декан юридичного факультету Харківського інституту народного господарства для підтримання його життєдіяльності у складні часи. Брав він і активну участь у багатьох наукових товариствах та спілках, зокрема таких поважних, як Харківське юридичне товариство (з 1900 р.), Харківське історико-філологічне товариство (з 1897 р.).

Очевидно, не міг він залишитись осторонь політичних процесів початку ХХ ст. Симпатії М.О. Максимейка, як і значної частини інтелектуальної еліти, серед представників якої зокрема І.В. Лучицький, В.П. Науменко, Л.М. Яснопольський, Д.І. Багалій, М.П. Василенко, О.О. Малиновський, привернуло «намагання вирішити невідкладні і тому практично здійсненні потреби сучасної політичної і соціальної культури» конституційно-демократичної партії. М.О. Максимейко не був пов'язаний з нею членськими зобов'язаннями, але підтримував програму партії («оскільки вона не насичена класовими інтересами, а служить для прогресу країни»). Зокрема, він поділяв положення про загальне, рівне, пряме та таємне голосування на виборах, про аграрну реформу і земельну власність тощо та не вважав конституційну монархію «відступом від демократичних ідеалів ... адже, як писав учений у статті «Суть конституційно-демократической программы» (Мир. 1905. № 1), хоча ідея демократії та принцип народного самодержавства найбільш чітко виражається у республіці, на практиці серед реальних умов та законів культури переважає монархія».

Реформаторські настрої, спричинені подіями 1905–1907 рр., доволі швидко змінилися певною апатією – М.О. Максимейка не задовольняв хід суспільного розвитку. Фактично лише прихід до влади П. Скоропадського і створення у Харківському, як і у Київському та Одеському університетах, кафедри української мови, літератури, історії та історії права (західноруського (українського) права), дістали позитивний відгук ученого. Згодом він активно включився у реалізацію політики українізації (коренізації), започаткованої у 20-х рр. радянською владою.

Власне «мовчання» ученого у складний період суспільних зрушень, а подекуди і гостра самокритика⁸, дали йому можливість уникнути повсякчасних для «старої» інтелігенції утисків і покарань (згадаємо, зокрема, долі М.П. Василенка, О.О. Малиновського та ін.) та вижити в ті буремні часи. Можна сказати, що для М.О. Максимейка, як і для всього покоління гуманітаріїв зламу ХІХ–ХХ ст., типовою була ситуація «подвійної лояльності» – зацікавлення українськими питаннями реалізовувалося на посадах спочатку в імператорських університетах Києва і Харкова, а потім у радянських установах, що, очевидно, мало свій вплив на життя і дослідження.

Коло дослідницьких інтересів професора Максимейка доволі широке, що, однак, дає можливість виокремити певні доволі умовні періоди його наукової творчості.

Так, перший «київський період» ученого – це період дослідження литовсько-руського або західноруського права. За випуску працю⁹ він отримав свою першу відзнаку – золоту медаль і схвальний, навіть порівняно зі своїм товаришем і колегою О.О. Малиновським, відгук рецензента, який відзначав «знання мови польської і латинської» та порівняльний метод автора, який «не обмежується простим співставленням, а постійно намагається вникнути в дух рецепції»¹⁰. Зацікавлення державністю Великого князівства Литовського і Речі Посполитої (ХІV–ХІVІ ст.) науковець зберіг на все життя. Безперечним здобутком тут є його магістерська дисертація «Сеймы Литовско-Русского государства до Люблинской унии 1569 г.» (1902 р.), яку він не без складнощів, з огляду на подібну працю М. К. Любавського «Литовско-русский сейм. Опыт по истории учреждения в связи с внутренним строем и внешней жизнью государства» (1900 р.), успішно захистив та яка до сьогодні лишається в активному науковому обігу. Принагідно слід зазначити, що полеміка між цими науковцями заслуговує окремого аналізу та визнати, що М.О. Максимейко у її перебігу продемонстрував найкращі якості диспуванта – «одночасно і якості полеміста і неупередженого судді»¹¹. Та основне, досліджуючи праводержавність Великого князівства Литовського, він аргументував власну позицію щодо окремішності права західноруського, а власне українського, чітко розрізняючи «три правні системи»:

«1) право Північно-Східної Росії, яке знайшло своє вираження в московських Судебниках, в Уложенні 1649 р.; 2) право Литовської Русі, кращим втіленням якого є Литовський Статут, і 3) право Північно-Західного краю, кодифіковане в Судних грамотах Новгороді і Пскова»¹².

«Коли я собі пригадую, – пише рецензент М.С. Грушевський, – як я з автором сих останніх висновків, сидючи за двома сусідніми столиками в київському архіві кільканадцять літ тому, балакав на тему існування ріжниць в правних відносинах України і північних, великоруських земель в староруських часах, і добродій Максимейко висловляв сумніви на мої висновки про існування таких ріжниць, то я, розуміється, не без приємності перечитую вищенаведену диференціацію його».

Водночас висловив він і власне переконання, що «землі Київська, Чернігівська, Переяславська не мали ніякого безпосереднього впливу на еволюцію суспільних і правних норм Великого князівства Литовського» і отже, «зв'язи «Руської правди» й права Великого князівства Литовського немає»¹³. Це твердження спричинило до фактичного виключення зі сфери українського правознавства цього права. Разом із тим уявляється, що ключова розбіжність у поглядах дослідників пояснюється, по-перше, предметом дослідження, – юридичний масив, досліджуваний професором Максимейком як такий не був предметом зацікавлення професора Грушевського. Різним був і їх масштаб. Так, М.С. Грушевський складав «схему української історії», як всяка схема вона не мала враховувати «непрямі» впливи, запозичення та рецепції у праві і правових пам'ятках цих періодів, безперечно наявні і важливі, що переконливо доводить сучасна українська літуаністика. Можна стверджувати, що висновки М.О. Максимейка чи найкраще сприяли концептуалізації державно-правового розвитку руських земель у період їх входження до складу Великого князівства Литовського у працях Київської історико-юридичної школи¹⁴.

Власне, бачення М.О. Максимейком історичного розвитку українського права (українське право – право козацької України, що через Литовський Статут зв'язується з Руською Правдою та є старшим і за змістом багатшим за право Московське¹⁵) відповідало, покладеному в основу роботи Комісії для виучування західноруського і українського права ВУАН загальному уявленню Комісії про розгляд українського права, особливо в частині зв'язку між староруським і західноруським правом, додатково аргументуючи його¹⁶, плідна діяльність якої забезпечила сучасні історико-правові студії надійним фундаментом. Українське право, на його думку, впливало на загальнодержавне (литовсько-русське) і було одним із джерел Литовського Статуту, а тому цей кодекс можна вважати почасти кодексом українського права.

«Харківський період» – це період усталення методології досліджень, зокрема декларація прихильності до порівняльно-правового методу, узагальнення ходу історико-правового розвитку і створення циклу праць, присвячених «Руській Правді».

Так, інаугураційна лекція М.О. Максимейка на юридичному факультеті Харківського університету «Сравнительное изучение истории права» (1898 р.) стала бестселером та висунула його разом з М.М. Ковалевським, Ф.В. Тарановським у перший ряд правознавців-компаративістів. Ця програмна праця, як і застосування порівняльно-правового інструментарію у розвідках, дали змогу актуалізувати європейський порівняльно-правовий дискурс на українських теренах, залучивши до наукового обігу зокрема концепції Е. Рена, І. Тена, Е. Фрімена та інших мислителів. Водночас прихильність ученого, як і всієї Київської історико-юридичної школи, до історико-порівняльного методу згодом зазнала нищівної критики як «зброя буржуазної методології» у статті С.Г. Борисенка «Російське великодержавництво в концепції західноруського права» (1931 р.). Заразом порівняльний метод, який поєднувався з документалізмом («визнання тільки таких поглядів, які відповідають «точному змісту пам'яток») та описовістю, було визнано методологічно невірним. Цей висновок став початком стагнації історико-правового пізнання, наслідки чого відчутні й сьогодні.

Етапне значення у створенні цілісної картини історико-правового розвитку мали «Лекції по истории российского государственного права» М.О. Максимейка, які неодноразово були видані студентами Харківського університету (1902–1903 рр.) та врешті ним самим (1917 р.), що свідчило про популярність і збалансованість навчального курсу.

Окреме місце у творчій спадщині М.О. Максимейка посідають дослідження давньоруського права. Йому належала честь відкриття Московської редакції поширеної редакції Руської Правди (1888 р.). Він є автором низки праць, серед яких «Мнимые архаизмы уголовного права Русской Правды» (1905 р.), «Опыт критического исследования Русской Правды. Краткая редакция» (1914 р.), «Речь по поводу Русской Правды перед диспутом в Университете св. Владимира 22 февраля 1915 г.» (1915 р.), «Система поширеної редакції Руської Правди» (1926 р.), «Про смердів Руської Правди» (1927 р.), «Закупи Русской Правды (1927 р.)», «Інтерполяції в текстові поширеної Руської Правди» (1929 р.). «До питання про класифікацію списків Руської Правди» (1936 р.), «Московская редакция Русской Правды» (1940 р.), в яких викладена його власна версія «Руської Правди». Дискутуючи з визнаними фахівцями В.І. Сергеевичем, М.Ф. Владимирським-Будановим, Л.К. Гетцем та багатьма іншими, він обстоював своє бачення змісту, системи як всієї пам'ятки, так і окремих її норм.

Зокрема, оригінальним і переконливим є погляд М.О. Максимейка на Руську Правду як на втілення тогочасної правової доктрини, переконання про відчутний вплив римського права – головним чином законодавства Юстиніана – яке на той час було досить відоме поза межами Візантійської імперії. Науковець стверджував, що основою короткої редакції Руської Правди було давньоруське право, але система викладу була запозичена із римського права, до неї були включені не лише звичаї, а й князівські устави («Опыт критического исследования Русской Правды. Краткая редакция. Харьков» (1914 р.)). Учений доводив, що автор короткої редакції Руської Правди включив новгородське право не в повному обсязі, а доповнив його правом Київської землі, з урахуванням різноманітності звичаїв, які діяли на території Київської Русі.

Цікавою і дискусійною гіпотезою є гіпотеза про причини появи пам'ятки (приводом для складання Руської Правди була потреба відокремити давньоруське право від грецького (Номоканонів, які отримали

назву Кормчих книг), адже широке розповсюдження Кормчої книги становило серйозну небезпеку для руського права, яка повинна була пробудити національну свідомість (тут, очевидно, він виказав себе прихильником теорії національного права М.Ф. Владимирського-Буданова).

Небезпідставним видається погляд на Руську Правду як на науковий твір у галузі юридичної літератури, а не збірник для керівництва судової практики («Опыт критического исследования Русской Правды» (1914 р.)) та про прямі впливи римського права на коротку редакцію Руської Правди тощо.

Цікавими є твердження про розмежування кримінальних та цивільних злочинів у Руській Правді, про виокремлення у пам'ятці державних злочинів, які мали специфічну особливість, оскільки переслідувались не судом, а в адміністративному порядку, про відповідальність територіальної общини не за незнаходження злочинців, а за відмову шукати («Мнимые архаизмы уголовного права Русской Правды». Вестник права. 1905. № 1–3).

«Академічний період» як узагальнюючий для українських студій професора Максимейка і як констатація визнання його високого фахового рівня, можна розпочати від 1905 р. М.О. Максимейко разом з іншими професорами Харківського університету (М.Ф. Сумцовим, Д.І. Багалієм, Т.І. Буткевичем та ін.), увійшов до складу Ради Харківського університету з питань про усунення тих обмежень, які з 1863 р. застосовуються до української мови і української літератури і які шкодять як Росії, так, особливо, і Україні у всіх формах її морального життя, як підкреслювалось в ухваленому одногослоно 5 квітня 1905 р. рішенні ради¹⁷.

Подальшим етапом боротьби Максимейка за українську мову була діяльність, пов'язана з кодифікаційними потребами у НКЮ УСРР. Провадити систематизацію нормативно-правових актів він вважав за потрібне «у історичній послідовності, з відкиненням актів, прийнятих за виняткових умов (революції, громадянської війни); виключення із норм правової нерівності громадян; залучення населення до більшої державотворчої активності шляхом участі у правотворенні». Важливою складовою кодифікації він, як і інші відомі правники С. Веретка, С.С. Дністрянський, О.Л. Малицький та ін., вважав розвиток української юридичної термінології. Як фаховий дослідник пам'яток права, учений був свідомий того, наскільки важливим є адекватне термінологічне оформлення правових процесів і явищ. В умовах відсутності сучасної української правової термінології він наголошував на особливій ролі у кодифікаційних процесах перекладачів-упорядників, а часто в існуючих умовах авторам законодавчих актів. Він наголошував, що українське законодавство мало будуватися на сталій законодавчій базі та відповідали національним особливостям українського права та законодавства. Розроблені положення були викладені М.О. Максимейком у статті «Об украинской юридической терминологии» (Вестник советской юстиции. 1924. № 21) і підтримані Правничо-термінологічним відділом, що працював над правничою термінологією з 1919 р. при УАН (ВУАН), який «так саме й розумів своє завдання, що створення сучасної правничої української термінології повинно базуватися на старовинній українській правничій термінології, яку він виучує не тим недоцільним способом, а читаючи самі акти від початку і до кінця, щоб, заглибившись в саму гущавину старовинного українського правничого життя, яке джерелом б'є зо всіх старовинних українських актів, правдиво зрозуміти і розшифрувати терміни, яких уживало українське право у оточенні повсякденних правничих казусів»¹⁸. Можна сказати, що певною мірою цей «план роботи» втілювався у «Російсько-українському словнику правничої мови», виданого під редакцією А.Ю. Кримського (1926 р.)¹⁹.

Важливою складовою українознавчих студій ученого була його діяльність голови секції історії українського права при науково-дослідній кафедрі історії української культури Харківського інституту народної освіти. М.О. Максимейко, визначаючи загальний план роботи секції, наполягав, як видно з «Виписів з протоколів засідань Укрнауки про затвердження аспірантів», що секція «має поєднувати «вивчення соціального характеру правових норм українського історичного процесу та підготовку майбутніх викладачів з дисципліни «Історії українського права». Також він пропонував літературу, з якою аспіранти мали ознайомитися насамперед, розподіляв теми доповідей та виступав перед аспірантами з власними науковими повідомленнями.

Його учнями були історики, майбутні професори Харківського університету С.М. Королівський та К.К. Шиян. Тут професор Максимейко вписав свою сторінку у шевченкознавство, долучившись до видання творів Кобзаря, яке готувалося у НДІ ім. Т. Шевченка. Він підготував коментарі деяких творів у вигляді розвідок «Про козацькі морські походи», «Про рабство в Криму та на Україні», «Про військову службу на Україні при Катерині II», «Становище міст на Україні в XVI–XVII», «Історія земельних відносин в Росії». На замовлення Київського інституту історії України ним також були підготовані розвідки-рецензії «Адміністрація та суд на Україні від XV до XVII ст.» та «Розбір частини підручника з історії України Гуслистого».

Аналізуючи науковий світогляд професора Максимейка, слід зазначити, що його інтелектуальна соціалізація відбувалася в ситуації, коли здійснювалось усталення фундаментальних основ класичної – і природничої, і гуманітарної наук, серед яких домінуючим було уявлення про еволюційний розвиток людства, його лінійність. Водночас спектр дослідницьких підходів, який пропонувався науковим середовищем, був доволі широким – від раціоналізму до емпіризму, від неокантіанства і позитивізму до матеріалізму і феноменології, чим науковець Максимейко тією чи іншою мірою послуговувався, залишаючись переважно на позитивістських позиціях.

Як представник школи західноруського права, учений поділяв її методологічну базу, яку в цілому можна визначити як історико-порівняльну з елементами соціологізму та еволюціонізму, що дає зокрема О.Ф. Скакун вважати, що «на протигагу формально-юридичній юриспруденції, що течію можна визначити як історичну школу права на Україні»²⁰.

При цьому сам учений наголошував, що, говорячи про колективну ідею як джерело правотворення, він відмежовується як від німецької історичної школи права (з її народним духом) та слов'янофілів («грунт, на

якому вони стояли, слизький і ненауковий»), наголошуючи, що запозичує він її у тих позитивістів, які вчать про невідворотність і неблаганність спадкоємності («Сравнительное изучение истории права»). Це дає підстави І.Б. Усенку стверджувати: якщо класична історична школа права виросла з ідеалістичної німецької філософії, то українські історики права аналогічні ідеї виводили з філософського позитивізму²¹.

Позитивістом він показує себе у аналізі сеймів Великого князівства Литовського, списків і норм Руської Правди тощо, зосереджуючись на аналізі норм (мотиви – це сфера політики, а не права). При цьому «навмисна юридизація» історичного дослідження серед іншого могла бути зумовлена становленням і утвердженням у той час історії права як юридичної науки поряд з «чистою історією» та пошуками власної методології та предмета.

Характерним для позитивізму М.О. Максимейка є аналітичний метод дослідження: аналізуючи той чи інший об'єкт, він намагається отримати синтетичний умовивід – всебічно обґрунтовану інтерпретацію. Це в свою чергу зумовлює звертання до соціологічного та культурно-історичного контексту, ілюстрацією чого є, наприклад, бачення ученим походження Руської Правди, висвітлення процесу утворення обласних сеймів Великого князівства Литовського як передумови вального сейму тощо.

«Культурологічний ухил» у дослідженнях постулювала і його робота як голови секції історії українського права при науково-дослідній кафедрі історії української культури Харківського інституту народної освіти, метою діяльності якого було дослідження розвитку матеріальної й духовної культури українського народу, зокрема історії мистецтва, науки та літератури.

Загалом праці професора Максимейка є зразком витонченого наукового стилю, у яких відображені широка ерудиція, сумлінність, новаторство та сміливість у гіпотезах і висновках їх автора, які роблять їх цікавими для нових поколінь дослідників і забезпечують його хоча і відносно невеликий (близько 50 праць), але багатогранний науковий спадщині, активний науковий обіг.

¹ Див., напр., Микола Олексійович Максимейко. *Українська радянська енциклопедія*. Київ: АН УРСР, 1962. Т. 8. С. 412; Максимейко Н.А. *Украинская советская энциклопедия*. Киев: Главная ред. укр. Советской энциклопедии, 1981. Т. 6. С. 248; Скакун О.Ф. Максимейко М.О. *Радянська енциклопедія історії України*. Київ: АН УРСР, 1971. Т. 3. С. 72; Максимейко Н.А. *Славяноведение в дореволюционной России: Библиографический словарь*. Москва: Наука, 1979. С. 229; Скакун О.Ф. Максимейко Микола Олексійович. *Юридична енциклопедія* ім. М.П. Бажана. Т. 3. 2001. С. 557–558; Бондарук Т.І. Максимейко Микола Олексійович. *Антологія української юридичної думки*: в 6 т. Київ: Вид. дім «Юридична книга», 2002. Т. 2. С. 278–279; Усенко І.Б. Максимейко Микола Олексійович (1870–1941). *Академічна юридична думка*. Київ: Ін Юре. 1998. С. 306; Скрипник П.І. Максимейко Микола Олексійович. *Енциклопедія історії України*: у т. / редкол.: В.А. Смолій (голова) та ін.; Інститут історії України НАН України. Київ: Наук. думка, 2009. Т. 6: Ла–Мі. С. 456.

² Остапенко С.В. Науково-педагогічна та громадська діяльність М.О. Максимейка: дис. ... канд. іст. наук: 07.00.01. Харківський національний педагогічний ун-т ім. Г.С. Сковороди. Харків, 2008.

³ Державний архів м. Києва. Ф. 16. Оп. 465. Спр. 1423. Арк. 50–51.

⁴ Отчет о состоянии и деятельности Императорского Харьковского университета за 1914. *Записки Императорского Харьковского Университета*. 1915. № 1. Харьков: Тип. ун-та, 1915. С. 10, 38.

⁵ Міхневич Л. Витоки вищої жіночої освіти в Україні (кінець XIX – початок XX ст.). *Юридична Україна*. 2015. № 7–8. С. 78–85.

⁶ Кафедрі історії України Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна 50 років. Харків: Вид-во ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2007. С. 4.

⁷ Звідомлення III соціально-економічного відділу ВУАН за 1928 р. *Вісті ВУАН*. 1929. № 3–4. С. 57.

⁸ Богдашина О.М. Діяльність Харківської науково-дослідної кафедри історії української культури ім. акад. Д.І. Багалія (1921–1934 рр.). Харків: Вид. ХДПУ, 1994. С. 95.

⁹ Максимейко Н.А. *Университетские известия*. Киев: Тип. имп. унив. св. Владимира, 1894. № 7. № 9, № 10, № 12.

¹⁰ Грибовский В. Рец.: Максимейко Н. Источники уголовных законов Литовского Статута. *Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском университете*. 1895. Кн. 5. С. 9.

¹¹ К вопросу о Литовско-Русских сеймах: (ответ проф. М. Любавскому). Санкт-Петербург: Сенат. тип., 1904. 21 с. Извлечено из Журн. М-ва Нар. Просвещения за 1904 г.

¹² Максимейко Н.А. Русская Правда и Литовский Статут. Киев, 1904. С. 14.

¹³ Грушевський М. Рец.: Н.А. Максимейко «Русская Правда» и литовско-русское право (Сборник, посвященный М.Ф. Владимирскому-Буданову, С. 382–395). М.Н. Ясинский. Закупы «Русской Правды» и памятников западнорусского права. (ibid., С. 430–465). Т. 15. Серія «Рецензії та огляди» (1898–1904). Львів: Вид-во «Світ», 2012. С. 215–216.

¹⁴ Бондарук Т. Західноруське право: дослідники і дослідження (Київська історико-юридична школа). Київ, 2000.

¹⁵ Максимейко М.О. Про досягнення в науці історії українського права за минуле десятиріччя. *Червоне право*. 1927. № 24. С. 1111.

¹⁶ Інститут рукописів. Національна бібліотека України ім. В.І. Вернадського. Ф. 40. Спр. 494. Арк. 2.

¹⁷ Харківський національний університет ім. В.Н. Каразіна за 200 років. В.С. Бакіров, В.В. Кравченко, С.І. Посохов, В.В. Калініченко та ін. Харків: Фоліо, 2004. С. 255.

¹⁸ Максимейко М.О. До питання про українську правничу термінологію. *Вестник советской юстиции*. 1924. № 24. С. 818–819.

¹⁹ Усенко І.Б., Іванова А.Ю. Мовно-термінологічні проблеми в нормотворчій діяльності Української держави (гетьманату П.П. Скоропадського). *Часопис Київського університету права*. 2005. № 1. С. 17–22.

²⁰ Скакун О.Ф. Политическая и правовая мысль на Украине (1861–1917). Харьков, 1987. С. 142.

²¹ Усенко І.Б. Філософсько-правові основи наукових досліджень провідних правознавців Всеукраїнської Академії наук. *Методологічні проблеми історико-правових досліджень: матеріали XXIII Міжнародної історико-правової конференції 24–26 вересня 2010 р.*, м. Алушта / ред. колегія: І.Б. Усенко (голова), А.Ю. Іванова (відп. секр.), Л.П. Гарчева, Київ; Сімферополь: «ДОЛЯ», 2011. С. 67.

Резюме

Бондарук Т.І. Видатний український правознавець Микола Олексійович Максимейко (до 150-річчя від дня народження).

У статті висвітлено основні етапи життєвого і творчого шляху відомого правознавця, історика права професора Максимейка. Приділено увагу науковому світогляду науковця, здійснено короткий аналіз здобутків «київського, харківського та академічного» періодів його творчості.

Ключові слова: правознавство, Микола Олексійович Максимейко, історія права, західноруське право, Руська Правда, порівняльне правознавство.

Резюме

Бондарук Т.И. Выдающийся украинский правовед Николай Алексеевич Максимейко (к 150-летию со дня рождения).

В статье отражены основные этапы жизненного и творческого пути известного правоведа, историка права профессора Максимейко. Уделено внимание научному мировоззрению ученого, осуществлен краткий анализ достижений «киевского, харьковского и академического» периодов его творчества.

Ключевые слова: правоведение, Николай Алексеевич Максимейко, история права, западнорусское право, Русская Правда, сравнительное правоведение.

Summary

Tetyana Bondaruk. Prominent Ukrainian jurist Mykola Oleksiiovych Maksymeiko (to the 150th anniversary of his birth).

The article provides an overview and description of the life and career of the prominent Ukrainian jurist professor M.O. Maksymeiko, an attempt is made to highlight the key issues of his creative heritage in the context of the development of historical and legal science. On the basis of the analysis of multifaceted scientific-teaching, public, educational activity of M.O. Maksymeiko the Kyiv, Kharkiv and academic periods are singled out and analyzed.

Thus, the first «Kyiv period» of the scholar is a period of study of Lithuanian-Russian or Western Russian law, on the basis of which he argued his own position on the law of Western, and actually Ukrainian, clearly distinguishing the law of North-Eastern Russia (1). Moscow Sudebniki, in the Code of 1649; the law of Lithuanian Russia, the best embodiment of which is the Lithuanian Statute (2); the law of the North-Western region, codified in the Deeds of Novgorod and Pskov (3). He defined the historical development of Ukrainian law as: Ukrainian law – the law of Cossack Ukraine, which through the Lithuanian Statute is associated with the Russian Pravda.

The «Kharkiv Period» is a period of establishing a research methodology, including a declaration of commitment to the comparative law method, a generalization of the course of historical and legal development, and the creation of a series of works devoted to Russkaya Pravda. «Comparative Study of the History of Law» (1898) became a bestseller and put it together with M.M. Kovalevsky, F.V. Taranovsky in the forefront of comparative jurists. M.O. Maksymeiko's «Lectures on the History of Russian State Law» were of stage importance in creating a holistic picture of historical and legal development. A special place in the creative heritage.

M.O. Maksymeiko occupy the study of ancient n law. In the series of works of the scientist about the Russian Truth original author's hypotheses about its system, sources, authorship, etc. are expressed and proved. The «academic period» is a generalization for Professor Maksymeiko's Ukrainian studies. Among them are works on substantiation of the role and place of the Ukrainian language in the rule of law, ways of its codification and attention to the cultural and historical context in the study of law. Professor Maksymeiko's scientific worldview is defined as positivist, the methodological basis of his studies was the historical-comparative method with elements of sociology and evolutionism, which gives in particular grounds for its belonging to a modified historical school of law. It is stated that the multifaceted scientific heritage of Maksymeiko is in active scientific circulation, which is due to the high scientific level of his research.

Key words: jurisprudence, Mykola Oleksiyovych Maksymeiko, history of law, Western Russian law, Ruska Pravda, comparative jurisprudence.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.02

УДК: 340.1

Н.М. ОНІЩЕНКО

*Наталія Миколаївна Оніщенко, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, академік НАПрН України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-1671-2139

СОЦІАЛЬНИЙ ВИМІР СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ РЕАЛІЙ

Постановка проблеми. Зрозуміло, що сучасна життєдіяльнісна реальність, спровоковані пандемією багато негативних процесів не могли не торкнутися правової площини.

Відтак хочемо зауважити: здобутий досвід свідчить, що функціонування правової системи в «штатному режимі» і в екстремальних умовах мають, що зрозуміло, суттєві відмінності: в тому числі, а, можливо, і в першу чергу – щодо захисту прав, свобод та законних інтересів людини.

Є аксіоматичним, і це знайшло своє підтвердження на практиці, що визначальну «стурбованість» викликають саме соціальні права людини. Декілька зауважень не стільки хрестоматійно-підручничкового гатунку щодо розвитку цих прав, скільки щодо сегментів, які свідчать про необхідну сьогодні актуалізацію їх забезпечення та охорони.

Крім того, розгляд соціальних прав, їх «спроможностей» та гарантій повинен стосуватися тих загроз і викликів, що, на жаль, запропоновані новими реаліями сучасного життя.

Аналіз останніх досліджень. У цьому контексті можна наголосити, що проблематика соціальних прав людини знаходиться в центрі уваги багатьох сучасних дослідників. Так, цією темою в різні часи опікувалися О. Андрійко, Ю. Бисага, О. Петришин, В. Погорілко, О. Скрипнюк, Ю. Шемшученко. Різні аспекти заданої проблеми розглядалися також М. Булкат, О. Данич, Р. Луцьким, О. Львовою, В. Січевлюком тощо. Втім, багато важливих питань обраного розгляду залишилися, на жаль, поза увагою наукової спільноти, зокрема: питання критеріїв загальної соціальної ефективності; відповідності соціальних прав соціальним обов'язкам та соціальній відповідальності; значущості категорії «достатній життєвий рівень» у контексті розвитку соціальних прав тощо.

Формування мети статті. Мета даної статті полягає в тому, щоб підкреслити значущість ефективності забезпечення охорони та захисту соціальних прав людини в умовах сьогодення.

Виклад основного матеріалу. Декілька міркувань теоретичного формату. Так, на наш погляд, враховуватися повинні насамперед критерії загальної соціальної ефективності. Тобто критерії ефективності або індекси ефективності, як-то: ознаки межі, сторони, вияви, прояви певної діяльності, за допомогою аналізу яких можна визначити рівень і якість процесу, його відповідність потребам та інтересам громадянського суспільства і людини.

Такі критерії, з одного боку, об'єктивно пов'язані з потребами, інтересами та цілями суспільного розвитку (як загальнонаціонального, так і регіонального), а з іншого – дають можливість бачити (і вимірювати) задоволення (здійснення, реалізацію) назрілих потреб, інтересів і цілей кожного члена суспільства.

У сучасній Україні, в період формування правових основ державного і суспільного життя, гостро постає проблема ефективності законодавства. Недоліки його насамперед пов'язані з механізмом реалізації, відсутністю необхідних інституціональних форм. Крім того, недостатньо опрацьовані правові форми нормативного матеріалу (незбалансованості прав і обов'язків, незабезпеченості норм належними санкціями, невідповідності системи права та законодавства тощо).

Слід враховувати й те, що якість законодавства визначається і соціальним змістом, його відповідністю суспільним потребам та інтересам.

© Н.М. Оніщенко, 2020

* *Nataliia Onishchenko, Dr. hab. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Academician of the National Academy of Pedagogical Sciences of Ukraine, Head of the department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Отже, розмірковуючи про соціальні права, наукова і громадянська спільноти повинні належним чином наголосити на тому, що в наш час не тільки держава виявилася неспроможною хоча б наближено до європейських взірців реагувати на відповідні загрози, а й, власне, національна правова система продемонструвала «аритмічний» характер функціонування в умовах сьогодення.

Національна правова система – це своєрідний показник сталого (або наближеного до нього) економічного, правового, політичного, соціального розвитку кожної держави, а головне – досягнутого рівня захисту прав, свобод та законних інтересів людини. Отже, цілком зрозуміло, що правова система, як втілення відповідного досягнутого рівня розвитку права, повинна бути здатною: а) до виконання певних завдань; б) відтворення необхідних функцій як при звичайному перебігу життя, так і за екстремальних умов.

Деякі слова про це детальніше. Сьогодні зростає соціальна спрямованість правової системи як засобу формування і реалізації інтересів суб'єктів шляхом закріплення певних цілей, норм, правил поведінки. Особливого значення при цьому набуває забезпечення оптимального поєднання соціального і правового принципів розвитку суспільства. Ця задача достатньо складна: правовий і соціальні принципи покликані забезпечити благо індивіда, сьогодні це першочергово – соціальні права. Як уже зазначалося, під соціальною політикою, що здійснюється державою, не можна розуміти тільки захист соціально незахищених верств населення. Це і спрямування на забезпечення ефективності соціальної результативності економічних перетворень, забезпечення соціальної складової правореалізаційної, інвестиційної, фінансової, податкової тощо політики держави.

Правова система соціальної, правової держави покликана забезпечити встановлену соціальною політикою стабільність громадянської згоди шляхом проголошення, реалізації і охорони соціально-правових умов для стимулювання активної частини населення на продуктивну працю як основу особистого добробуту; підтримання оптимального співвідношення між прибутками працездатної частини суспільства та непрацездатними громадянами; надання субсидій, відповідних пільг, скорочення та обмеження масштабів зубожіння; стримування безробіття, і як перспектива – забезпечення достатнього життєвого рівня.

І це щодо «штатного» перебігу подій. Втім, сьогодні це ще й такі загальносоціальні завдання, як гарантування національної безпеки, ліквідація наслідків пандемії, екологічних катастроф, реалізація соціальних програм, які відображатимуть позиції «все необхідне враховане», підтримання реабілітаційних заходів¹.

Надзвичайно важливо в цих умовах, який «зріз» соціальних прав належить сьогодні забезпечувати правової системі, гарантувати державі та відстоювати судовій системі: ті, що будуть вибудовуватися тепер десятиліттями за залишковим принципом, чи, дійсно, ті, що допоможуть у сучасних українських реаліях жити не тільки «хлібом єдиним», а й мати достатні умови для самореалізації особи, захисту її честі та гідності.

Так, у європейських державах в умовах сьогодення право на достатній життєвий рівень є одним із найголовніших соціальних прав особи. Незважаючи на те, що кожна людина повинна особисто дбати про свій добробут, їй, однак, мають бути створені умови для того, щоб вона мала можливість забезпечити собі мінімальний життєвий рівень. Особливо, коли йдеться про людину похилого віку, інваліда.

Це обов'язок держави, згідно з яким вона визнає право кожного на достатній життєвий рівень для нього самого та його родини².

Слід зазначити, що поняття, дефініція «достатній життєвий рівень» не визначено у науковому обігу. Тому воно є оцінювальним; тобто, кожна людина сама для себе визначає рівень, який відповідає її уявленням про достатній рівень життя. Проте сформульоване юристами Стародавнього Риму положення, відповідно до якого «право може і повинно бути визначено» (Дигести Юстиніана), є актуальним для будь-якої правової системи. Принцип визначеності, точності, однозначності правової норми вважається гарантією міцного правопорядку, оскільки за умови, що кожному члену суспільства зрозумілі його права й обов'язки, він одержує певну свободу дій і рішень у межах правового простору.

Отже, певна невизначеність існує в положеннях міжнародних документів, у яких йдеться про «достатній життєвий рівень». Справа ж держави визначити і встановити мінімальні стандарти, нижче яких життєвий рівень громадян знижуватися не може. Звичайно, забезпечення достатнього життєвого рівня становить складну проблему навіть для заможних держав.

Реалізація права на достатній рівень життя, безумовно, торкається внутрішніх ресурсів та можливостей держави. Право на достатній життєвий рівень включає, як уже йшлося, ще й такі можливості, як право на достатнє харчування, право на достатню кількість одягу, житло, на поліпшення умов життя. Правом на достатнє харчування є: свобода від голодомору; право на якісне харчування; можливість мати кошти для отримання якісного харчування тощо.

У міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права визначено найбільш загальні програми, спрямовані проти голодомору.

Використовуючи право на працю, людина повинна отримувати необхідні їй кошти, щоб існувати. Забезпечити їй відповідні для цього умови – завдання внутрішнього законодавства кожної держави, так само як і встановлення необхідних стандартів якості харчування.

У зазначеному контексті слід звернути увагу на той факт, що питання охорони здоров'я в Європі є проблемою архіважливою, як і в усьому світі, особливо в умовах сьогодення. Нормативно це зафіксовано у ст. 35 Хартії Європейського Союзу про основні права 2000 р. Саме реалізація права на охорону здоров'я найбільше відображає неадекватність правової системи України, і не тільки щодо принципів соціальної, правової держави.

На жаль, досі зберігаються істотні відмінності в рівні медичного обслуговування різних соціальних прошарків і навіть окремих регіонів ЄС. Зокрема, системи охорони здоров'я країн Центральної та Східної Європи суттєво поступаються системам «старих» членів ЄС.

Однак національні правові системи щодо регулювання охорони здоров'я скрізь характеризуються серйозним навантаженням. Насамперед йдеться про частку витрат на охорону здоров'я в бюджетах. Вже сьогодні це найбільша стаття витрат, але обсяг коштів, що виділяються на ці цілі, продовжує щорічно збільшуватися. За останні 30 років часта витрат на охорону здоров'я у ВВП зросла в усіх країнах ЄС. Наприклад, в Італії – з 5,7 до 7,4 відсотка, в Іспанії – з 5,6 до 7,3 відсотка.

Інший фактор, що ускладнює роботу національних систем охорони здоров'я, це демографічні тенденції. Європа старіє, вже у 2020 р. людей старше 75 стало на 40 відсотків більше ніж у 1990-і рр. Саме ці фактори, «недоопрацьовані» загальноєвропейською спільнотою, призвели в тому числі до поширення і розповсюдження COVID-19.

Висновки. Насамкінець зазначимо, що метою соціальної політики є забезпечення матеріальних благ громадян, досягнення стабільності та безпеки життя в суспільстві, цілісності та динамізму його розвитку.

Відомо, що в суспільстві зберігаються спокій та стабільність, коли кількість незадоволених чи незгодних з проведенням державної політики становить не більше 20 відсотків населення. Тому вкрай важливо для забезпечення соціальних прав, як зазначають провідні юристи-практики та представники наукового осередку, опрацювати наступні напрями:

1. Наукове прогнозування розвитку права, законодавства, економіки, зростання населення, створення нових галузей виробництва та робочих місць; розробка відповідних планів прогнозів та матеріально-фінансової підтримки в економіці, соціальній сфері, боротьба з недобросовісною конкуренцією, монополізмом в економіці тощо.

2. Перерозподіл матеріальних благ між регіонами та прошарками населення, спрямування їх на забезпечення досягнутого даною країною середнього рівня життя на всій території країни, недопущення бідності, зміни якості показників життя в бік погіршення.

3. Створення державних, насамперед правових, гарантій для запобігання стихійним лихам, епідеміям, епізоотіям, техногенним катастрофам, для негайної ліквідації їх наслідків, допомога потерпілому населенню.

4. Створення доступних для широких прошарків населення систем освіти, охорони здоров'я, пенсійного забезпечення, вирішення інших соціальних питань, з урахуванням питання безпеки громадян, певних соціумів, груп населення тощо.

Крім того, проведення «добротної» соціальної політики неможливе сьогодні без наступних констатацій: важливо наголосити, що для забезпечення на практиці соціальних прав людини необхідно доктринально опрацювати і зреалізувати категорію «соціальні обов'язки», в тому числі соціальну відповідальність: держави, бізнесу, кожного члена громадянського суспільства. Без належних, кореспондуючих правам обов'язків ставити питання про належні соціальні права неможливо ні в теоретичному сенсі, ні в практичній площині.

¹ Копиленко О.Л., Оніщенко Н.М. Забезпечення прав людини в контексті радіаційного захисту: передумови практичної реалізації. *Бюлетень Міністерства України*. 2020. № 1. С. 34–40.

² Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042

Резюме

Оніщенко Н.М. Соціальний вимір сучасних правових реалій.

Стаття присвячена критеріям ефективності охорони та захисту соціальних прав людини. Окремо наголошено на необхідності врахування умов, коли національні правові системи «працюють у нештатному режимі», зокрема, світової пандемії, агресії РФ, економічні дестабілізації. Увага присвячена також врахуванню при розгляді соціальних прав – соціальних обов'язків та соціальної відповідальності.

Ключові слова: соціальні права, критерії соціальної ефективності, соціальні обов'язки, соціальна відповідальність, соціальна політика.

Резюме

Онищенко Н.Н. Социальное измерение современных правовых реалий.

Статья посвящена критериям эффективности охраны и защиты социальных прав человека. Отдельно отмечена необходимость учета условий, когда национальные правовые системы «работают в нештатном режиме», в частности, мировой пандемии, агрессии РФ, экономические дестабилизации. Внимание уделено также учету при рассмотрении социальных прав – социальных обязанностей и социальной ответственности.

Ключевые слова: общественные права, критериальная социальная эффективность, социальные обязанности, социальная ответственность, социальная политика.

Summary

Nataliia Onishchenko. The social dimension of the modern legal realities.

We would like to note that the experience gained shows that the functioning of the legal system in the “regular mode” and in extreme conditions have, of course, significant differences: including, and perhaps primarily in the protection of rights, freedoms and legitimate interests man.

It is axiomatic, and this has been confirmed in practice, that it is social human rights that are the defining “concern”. A few remarks are not so much a textbook textbook on the development of these rights, but on the segments that indicate the need for today’s actualization of their provision and protection.

Finally: the purpose of social policy is to ensure the material well-being of citizens, to achieve stability and security of life in society, the integrity and dynamism of its development.

It is known that society remains calm and stable, when the number of dissatisfied or disagree with public policy is not more than twenty percent of the population.

In addition, the implementation of “sound” social policy is impossible today without the following statements: it is important to emphasize that to ensure the practice of social human rights it is necessary to doctrinally develop and implement the category (social responsibilities) including social responsibility: state, business, each member civil society. Without proper, corresponding rights to raise the question of proper social rights, it is neither possible in the theoretical sense nor in the practical sense.

Key words: social rights, social efficiency criteria, social obligations, social security, social policy.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.03

УДК 340.13

Н.М. ПАРХОМЕНКО, Т.С. ПОДРОЖНА

*Наталія Миколаївна Пархоменко, доктор юридичних наук, професор, вчений секретар Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**
ORCID: 0000-0002-5870-9261

*Тетяна Станіславівна Подорожна, доктор юридичних наук, доцент, професор юридичного факультету Львівського торговельно-економічного університету***
ORCID: 0000-0003-0502-950X

ПРАВОВА РЕФОРМА ЯК ІНСТРУМЕНТ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ

Державно-правовий механізм забезпечення правового порядку являє собою систему державних та недержавних інституцій і правових засобів, що здійснюють результативний вплив на соціальні відносини і процеси, які зазнають загроз, з метою захисту життєво важливих інтересів суспільства і держави. Механізм забезпечення правопорядку завжди перебуває в динаміці¹. Відповідно, процес конституціоналізації правового порядку в умовах постійних економічних, політичних і соціальних змін може бути успішним лише у разі здійснення державою послідовної, науково обгрунтованої і внутрішньо несуперечливої правової політики, яка орієнтована на досягнення таких правових цілей, які є значущими для людини, її основних прав і свобод. Відповідно, така людиноцентристська політика здатна забезпечити правовий порядок лише на основі стратегічного підходу. Виступаючи найоптимальнішим засобом досягнення рівноваги у правовій системі, правові стратегії усувають протиріччя, які виникають у сучасному праві. Крім того, зміст правових стратегій дає змогу оцінити стан прав людини або проаналізувати зміни, які відбуваються в судовій системі. Вони дають орієнтири, необхідні для досягнення балансу приватних і публічних інтересів, усунення протиріч між чинним правом і юридичною практикою, правом і правосвідомістю. Отож, правова стратегія стає основою державно-правового регулювання суспільних відносин і, як наслідок, вважається основним джерелом правового порядку.

Реалізація стратегічного підходу в процесі конституціоналізації правового порядку може бути найбільш успішною за умови, що планування повинно охоплювати не модернізацію державного механізму в цілому, а саме окремих функціонально відокремлених його підсистем. Тому важливо зазначити, що на стан правопорядку, крім традиційно значущих чинників, особливо впливають процеси реформування державності та відповідних соціально-економічних структур. Саме в наявному правопорядку практично проявляється не тільки якість правових суспільних інститутів, а й реальна правова політика держави, яка є основою правового прогресу в Україні.

Сьогодні українське суспільство всерйоз стурбоване станом правового порядку в країні. Незважаючи на всі зусилля держави, поки що не вдалося істотно зупинити зростання злочинності, забезпечити в повному обсязі дотримання прав та свобод людини і громадянина². Так, аналіз основних тенденцій щодо порушень прав людини в Україні протягом останніх років свідчить, що основні зусилля держави витрачаються на військовий конфлікт і боротьбу з корупцією, а права людини натомість потерпають. Тобто істотно нівелюється дія одного з основоположних критеріїв правового прогресу – його ціннісна основа, що, в свою чергу, впливає на рівень його ефективності. Крім того, такий стан справ обумовлює відхилення від стратегічного спрямування реформ, а отже, і від кінцевої їх мети. Можливо, однією з причин цього є недосконалість самих реформаторських пропозицій. На наш погляд, удосконалення потребує система законодавства, і лише після цього – реформування інших елементів правової системи. Закономірно в цьому зв'язку, що курс на встановлення

© Н.М. Пархоменко, Т.С. Подорожна, 2020

* *Nataliia Parkhomenko, Dr. hab. in Law, Professor, Scientific Secretary of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

** *Tetiana Podorozhna, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of Lviv University of Trade and Economics*

міцного демократичного правопорядку отримує широку підтримку більшості громадян. Це підтверджується тим, що орієнтація на людину, «людський ресурс» є основною метою та вирішальним чинником правового порядку, оскільки практична значущість усіх дій суб'єктів публічної адміністрації в підсумку визначається результатами суспільно-економічного та політичного розвитку суспільної системи. Досягнення ж високого рівня правопорядку вимагає узгоджених спільних зусиль усього суспільства.

Насамперед зауважимо, що для сучасного стану конституціоналізації права, на наш погляд, характерні такі негативні риси: відсутність раціонально обгрунтованої правової політики, системності рішень державної влади; відсутність оптимальних економічних і політичних умов для розвитку правової системи в цілому та окремих її елементів; низький рівень правосвідомості суб'єктів права та їх негативне ставлення до чинного законодавства; консерватизм та інертність усіх суб'єктів правової системи. Всі ці обставини виступають серйозним гальмом правового порядку.

Реформування системи законодавства тісно пов'язане зі зміною влади, політичної системи, політики держави, ідеології, зміною політичного курсу. Системного оновлення потребує й вся правова сфера. Адже законодавство відображає стан суспільних відносин і вже при зміні цих відносин має змінитися саме³. В іншому випадку воно гальмуватиме розвиток суспільних відносин, що може призвести до загострення політичного і соціального розшарування суспільства, до протистояння його соціальних груп і верств.

Незадоволення якістю і результатами дії вітчизняного законодавства висловлюють сьогодні не тільки професійні юристи, а й пересічні громадяни. Помітно зростає кількість прийнятих нормативних актів, які, з одного боку, з усе більшою інтенсивністю охоплюють нові сфери суспільних відносин, розширюючи простір своєї дії, а з іншого – все детальніше визначають моделі належної поведінки. Попри таку інтенсифікацію офіційного регулювання, соціальна реальність демонструє його низьку результативність: рівень правопорядку, правової свідомості, поведінки і діяльності всіх суб'єктів права залишається низьким. Тому метою державної політики в цій сфері є коригування завдань та функцій правоохоронних органів, упровадження нових засад проходження служби, нових критеріїв оцінки роботи правоохоронців для підвищення рівня захисту прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави від протиправних посягань.

Очевидно, що пріоритетами усіх реформ є людина, сім'я, суспільство, держава. Це визначає зміст основних елементів концепції правової реформи, яка має такі ціннісні орієнтири: 1) питання правового забезпечення ряду найважливіших напрямів формування і функціонування державності й розвитку повноцінного громадянського суспільства; 2) законодавче забезпечення системи прав людини в суспільстві, передусім реальних гарантій прав і законних інтересів особи; 3) зміцнення і захист конституційного ладу; 4) реформування державного управління, в тому числі вдосконалення системи державної реєстрації громадянських об'єднань та інших юридичних осіб і контроль за їх діяльністю; 5) створення цілісної правової бази організації та діяльності судової системи і органів юстиції; 6) формування правової бази та інституційна реформа правоохоронної системи для посилення боротьби зі злочинністю; 7) вироблення принципів напрямів і форм здійснення реформи місцевого самоврядування; 8) розвиток системи правового виховання, в тому числі поліпшення системи юридичної освіти і юридичної науки; 9) проведення правової експертизи в нормотворчій та правозастосовній практиці тощо⁴.

Ці напрями правової реформи важливі, проте центральне завдання (головна проектна ідея) реформи полягає, на наш погляд, у забезпеченні правових та організаційних гарантій прав і свобод людини, які є основою конституціоналізації права в цілому та правопорядку зокрема. Правова реформа пов'язана з конституцією, яка безпосередньо і визначає ці права та свободи. Саме в ній закріплено головний орієнтир і критерій правового порядку – людина, громадянин, їхні права та свободи. У цьому значенні саме права людини і громадянина можуть слугувати тим індикатором, що виявляє справжню мету конкретної правової реформи. Обсяг прав людини і громадянина та механізми їх реалізації показують справжні наміри державної влади щодо реформування різних сфер життя суспільства. Разом із тим права людини і громадянина не можуть розглядатись як абсолютна категорія, оскільки стратегічна мета будь-якої правової реформи – це узгодження правового розвитку держави із суспільними потребами⁵. При цьому процес реформ містить як наявні ризики, так і позитивні тенденції. Роль права тут може бути подвійною: воно може як прискорювати, так і сповільнювати суспільний розвиток. Тому постає питання: в чому полягає мета правової реформи?

По-перше, Конституція України (ст. 1) стверджує, що Україна – соціальна, правова держава, і ця політична та юридична декларація вимагає певного організаційного, правового та матеріально-фінансового забезпечення. По-друге, стан справ з дотриманням прав людини, законністю та іншими важливими складовими правопорядку такий, що держава зобов'язана докласти всіх зусиль для поліпшення ситуації. По-третє, зміни в системі законодавства краще вносити системно, на основі єдиного проекту, що вимагає плановості та скоординованих дій держави у межах спеціального концептуального документа та правових актів, що його розвивають. По-четверте, оскільки результативність більшості інституційних та галузевих реформ залежить від реалізації конституційної реформи в Україні (за напрямами: децентралізація влади і місцеве самоврядування, реформа правосуддя, забезпечення прав людини), доцільно забезпечити комплексність таких реформ, одночасно координуючи очікувані результати інституційних і галузевих реформ з проектом Національної стратегії у сфері прав людини⁶ та Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020»⁷. Отож, очевидним є те, що у зв'язку з економічними, політичними і соціальними трансформаціями в країні та світі досить актуальним є питання реформування національного законодавства в контексті конституціоналізації права.

Слово «реформа» (фр. *reformе*, від лат. *reformo* – перетворюю, поліпшую) означає перетворення, зміну, перебудову чого-небудь, що проводиться переважно законодавчим шляхом⁸.

Реформування залежить від внутрішніх і зовнішніх чинників, від характеру і гостроти суперечностей, що виникають у суспільстві. Правове забезпечення реформ має бути своєчасним, повним, обгрутованим.

Без цього будь-яка реформа як така не відбудеться. Наслідком неякісного правового забезпечення реформ може бути гальмування державотворчих процесів, порушення правопорядку в суспільстві. Водночас рушійними силами реформування мають бути самі громадяни. Тобто глибина, ґрунтовність реформ залежать від активних дій «знизу». Дії громадян, підштовхуючи реформу, не дають їй зупинитися. Без підтримки більшості працездатного населення, без належного правового забезпечення реформування може загальмуватись, а то й зовсім зупинитися. Якість правового забезпечення реформ залежить від того, наскільки закони відображають її сутність, мету та цілі, намічені самою реформою, наскільки враховують напрями і визначають етапи розвитку суспільства і наскільки вдало забезпечений консенсус між владою та суспільством.

Реформа потребує докладного програмування, чіткості у відповідних розрахунках, науково-правової експертизи. За об'єктивної потреби в проведенні правової реформи головне – це не запізнитися з правовим її забезпеченням. У протилежному випадку реформа може загальмуватись або не відбутися, як це сталося в більшості республік СНД. Однією з характерних рис національного розвитку цих країн стала глибока криза, що охопила всі сфери життя. Основні джерела її походження – це відсутність державної стратегії, концептуальна безпорадність, невиразність політичної тактики державотворення.

Процес удосконалення законодавства є безперервним і відображає всі етапи соціального, економічного, духовного, культурного та інших аспектів розвитку суспільства. Ґрунтуючись на Конституції України, вітчизняне законодавство у змістовому аспекті має виражати суверенну волю народу України, бути спрямованим на забезпечення прав та свобод людини і гідних умов її життя, на зміцнення демократичної, соціальної і правової держави й розвиток громадянського суспільства. Саме тому важливість завдань удосконалення вітчизняного законодавства полягає у тому, щоб воно максимально відповідало умовам і запитам сучасного суспільства, закріплювало його правові основи, правову законність і правовий порядок.

Адаптація законодавства до нових суспільних відносин має відбуватися шляхом прийняття норм, що стимулюють розвиток правової системи на перспективу. Тому прийняття нових законодавчих актів без урахування перспективи розвитку правових відносин ніколи не виправдовує себе та посилює практичну нерентабельність права загалом, підживляє його авторитет і, як наслідок, знижує рівень правопорядку. Законодавство варто покращувати шляхом внесення змін, що мають перспективне значення для практики правозастосування. Утім, не можна назвати вдосконаленням законодавства випадки, коли зміни або доповнення вносяться в інтересах вузького кола суб'єктів правовідносин. Тому, як слушно наголошують експерти, щоб написати комплексний документ, окрім змін до Конституції, потрібно одразу представити пакет законопроектів, які будуть реалізовувати запропоновані зміни. В іншому випадку повториться шлях з визнанням змін до Конституції неконституційними у подальшому та буде у черговий раз підкреслено, що політична доцільність переважає правове поле⁹. Окрім того, для того, щоб правові норми точно відображали реальний стан суспільних відносин, необхідно їх розглядати в контексті науково обґрунтованих прогнозів розвитку суспільства, постійного моніторингу змін у політичному, економічному та інших сферах життя суспільства.

Наразі в юридичній літературі цілком виправдано порушується питання про необхідність проведення в Україні повномасштабної правової реформи. Ця реформа має здійснюватись у таких напрямках: трансформації правосвідомості українського суспільства, трансформації та стабілізації системи права, забезпечення доступу громадян до правосуддя¹⁰. Відповідно, це передбачає проведення конституційної, законодавчої та судової реформ. Йдеться передусім про реформу публічної адміністрації, адміністративно-територіальну, судово-правову реформи, реформу кримінальної юстиції, а також реформування місцевого самоврядування в Україні. Усі ці напрями взаємопов'язані. Одночасно, з урахуванням фундаментального значення конституційного права (щодо інших галузей права), виникає потреба обґрунтування можливості реалізації конституційних засад у чинному галузевому законодавстві з метою подальшої конституціоналізації правового порядку. З огляду на це важливим поступом у правовому забезпеченні реформ є саме конституційна реформа, здійснення якої є складовою ширшої проблеми реформування Української держави і суспільства, усієї правової системи.

Саме на рівні Конституції України як Основного Закону суспільства і держави конститууються фундаментальні правові принципи і норми, які визначають порядок організації та функціонування усіх гілок державної влади (законодавча, виконавча і судова влада), усіх її інститутів, а також порядок взаємодії суспільства, індивіда і держави¹¹. Тобто конституційна реформа є, так би мовити, невід'ємною частиною онтології правової системи будь-якої держави. На сучасному етапі правового розвитку основоположні завдання Української держави полягають у модернізації української правової системи, головне призначення якої полягає у закладенні фундаменту державотворення і досягненні правового прогресу.

Утім, наразі формула «конституція є Основним Законом держави, що володіє найвищою юридичною силою» наскільки звична, настільки й малоефективна. Це пов'язано безпосередньо з тим, що конституційний лад України на його сьогоденішньому етапі розвитку є транзитивним. Поряд із значними досягненнями у демократизації суспільного життя, утвердженні прав і свобод людини, закладенні основ громадянського суспільства він досі зберігає низку рудиментів попередньої епохи. Це пов'язано передусім із тими кризовими явищами, які охопили майже всі сфери суспільних відносин. Така ситуація вимагає від науки формування якісно нової моделі реалізації норм конституції (конституційних стандартів), організації економічної, політичної, правової і духовної систем суспільства.

Сучасний правовий розвиток визначається зміною зовнішньополітичних пріоритетів, удосконаленням публічного адміністрування та державного устрою, демократичними засадами політичного режиму та соціально-економічного розвитку. Зазначене потребує вироблення найефективнішої конституційної моделі механізму державного управління. Як свідчить практика Конституційного Суду України, в його діяльності положення Конституції України в процесі тлумачення постійно розвиваються. Відповідно, конституційні норми

постійно здійснюють регулятивний вплив на всі компоненти правової системи. Їх конституціоналізацію можна назвати одним із проявів безпосередньої дії конституції, спрямованої на гармонізацію суспільних відносин і реалізацію принципу верховенства права. Тому для дійсної змістової цілісності законодавства недостатньо наявності в конституції основоположних засад правового регулювання, потрібна змістова єдність основ конституційного ладу.

Очевидно, така єдність не з'являється сама собою, вона формується в тривалому і суперечливому процесі вироблення основоположних юридичних норм шляхом формулювання відповідних конституційних положень. Цей процес включає перегляд чинного законодавства, скасування застарілих нормативних актів, створення нових законів, вдосконалення законодавчого процесу і законодавчої техніки. Здійснення ж таких повномасштабних реформ можливе не лише шляхом внесення змін до Основного Закону, а передовсім через нове концептуальне ставлення до конституції. Цей процес є досить складним, адже прийняття нової конституції не завершує конституційних перетворень. Тобто складність полягає не в тому, щоб переписати конституцію, а в необхідності нового підходу до неї, до її статусу в суспільстві, у правовій системі загалом. Це має бути не просто текстуальна зміна, а перегляд усього правового регулювання, механізму дії та ефективної реалізації норм Основного Закону. Конституція України виступає позитивною формою розкодування природно-правових принципів, оскільки застосування її положень постійно вдосконалюється з огляду на динаміку суспільних відносин та євроінтеграційні прагнення України як правової держави.

Отже, конституційну реформу слід розглядати як процес, який отримує цілісні системні характеристики у результаті взаємодії соціально-економічних, політичних, правових та інших процесів, системні властивості яких виникають під час такої взаємодії. Крім того, це має відбуватися в парадигмі сучасного права, яке має бути конституційним у своєму сутнісному вимірі. Означена проблематика привертає дедалі більше уваги в аспекті модернізаційного розвитку національної правової системи та гармонізації законодавства України з міжнародним і європейським правом. Реформований Основний Закон має відповідати загально визначеним міжнародним стандартам, принципам і вимогам міжнародно-правових документів у сфері прав людини, а також максимально враховувати рекомендації і висновки Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційська комісія), Парламентської Асамблеї Ради Європи, досягнення і тенденції сучасного конституціоналізму.

З огляду на це можна виокремити наступні тенденції впливу процесу конституціоналізації на формування правової системи та забезпечення правового порядку. Перша з них пов'язана з необхідністю розробки концептуальних положень щодо процесуальних механізмів формування гармонійного розвитку міжнародного й національного законодавства, конституційною основою якого виступають глобалізація (поєднання основних регіональних, локальних, національних проблем в єдине ціле) та гармонізація (особливий тип взаємодії законів, процес удосконалення, уніфікації, соціалізації структурних елементів правової системи). Як відомо, Україна перебуває під постійним впливом зовнішніх глобальних чинників і тенденцій, що не могло не позначитися на стані й функціонуванні правової системи та її структурних компонентів: правової свідомості, системи законодавства, правотворчого і правозастосовного процесів. Однак в умовах переходу України до ринкової економіки, формування громадянського суспільства і соціально-правової держави, як і раніше, потреба оптимізації правового порядку та визначення шляхів його забезпечення не зникла.

Друга тенденція спрямована на підвищення ролі конституції з метою забезпечення єдності правової системи та правового порядку. Вона безпосередньо пов'язана з процедурами узгодження чинного законодавства, проблемами його відповідності нормам конституції, а також процедурами ліквідації законотворчих помилок. У цьому важливе значення має тлумачення конституції. На переконання М. Савчина, вирішальним є володіння інструментами такого тлумачення, яке забезпечує ефективний і дієвий захист основоположних цінностей конституціоналізму та лежать в основі організації сучасної державності¹². В аспекті означеної тенденції стоїть принципова проблема – формування якісного законодавства, адже саме якість законодавства безпосередньо впливає на якість правової системи і на забезпечення належного правового порядку.

Третя тенденція впливу процесу конституціоналізації на правову систему полягає у досягненні єдності правотворчої та правозастосовної практики. Конституція України виступає основою (стрижнем) розвитку правової системи і є нормативною основою правового порядку, виконуючи ключову роль у правотворчій та правозастосовній діяльності держави. Саме в конституції відображаються усі тенденції інтернаціоналізації національного правопорядку, що обумовлено міжнародними стандартами та вимогами правозастосовної практики міжнародних юрисдикційних органів, зокрема практикою Європейського суду з прав людини.

Четверта тенденція – це формування чіткої ієрархії чинного законодавства шляхом ліквідації прогалин та колізій нормативно-правового інструментарію. Ця проблема пов'язана насамперед із конституційністю законодавства і зумовлена принципом прямої дії та верховенства конституції. Конституція України здійснює особливий вплив на ієрархічну структуру законодавства. З одного боку, вона виступає невід'ємною складовою національного законодавства, а з іншого – основою його функціонування й розвитку. Виходячи із цього, вітчизняні вчені справедливо наголошують, що у процесі становлення національного законодавства роль і значення Конституції України у формуванні його ієрархічної структури мають посилюватись¹³. Основний Закон України повинен визначати основоположні засади та принципи ієрархічної структури законодавства, забезпечувати її цілісність, системність та узгодженість. Зазначене необхідно урахувати у процесі удосконалення Конституції України.

Важливою є п'ята тенденція впливу процесу конституціоналізації на правову систему, а саме – щодо розподілу повноважень між гілками влади, який є не тільки засобом запобігання виникненню авторитарної влади, а й відправною точкою раціональної організації системи публічної влади, що дає можливість взаємного контролю через відповідну систему стримувань і противаг¹⁴. Окрім того, важливим є розподіл повно-

важень між органами державної влади та органами місцевого самоврядування в аспекті механізму стимулювання і протидії, а також із погляду виконання наглядових та контрольних функцій держави. Вагому роль у цьому процесі має відіграти державна політика у сфері адвокатури, нотаріату, державної реєстрації, забезпечення діяльності судів та виконання судових рішень тощо.

Шоста тенденція впливу конституціоналізації на правову систему стосується формування правової свідомості та правової культури, основою яких є правокультурний статус конституції. Саме з формування конституційної правосвідомості беруть початок зміни до конституції. Найважливішим моментом, що виражає реальний стан правопорядку, є зміна бачення права, характеру його взаємозв'язку з державою, ролі й місця права в суспільстві, перспектив його розвитку. Завдяки цьому в процесі конституціоналізації забезпечується конституційний правопорядок та підвищується авторитет права в житті суспільства. Окрім того, при здійсненні правової реформи важливо неухильно дотримуватись принципів верховенства права, юридичної визначеності та сформованого у правових позиціях Європейського суду з прав людини принципу пропорційності.

Отже, проголошені в Конституції України правові ідеї, норми і принципи, положення про права та свободи людини і громадянина повинні відповідати міжнародним стандартам, адже ставши членом Ради Європи Україна взяла на себе зобов'язання імплементувати європейські стандарти прав людини, верховенства права і демократії¹⁵. Тому основоположним завданням Української держави є модернізація вітчизняної правової системи, призначення якої полягає у приведенні у відповідність чинного законодавства до міжнародних і європейських стандартів. Цей процес становить зміст правового порядку. Окрім того, саме на рівні Конституції України як Основного Закону суспільства й держави конститууються фундаментальні правові принципи та норми, що визначають порядок організації і функціонування всіх гілок (законодавчої, виконавчої й судової) та інститутів державної влади, а також порядок взаємодії суспільства, індивіда й держави. У межах конституційної модернізації відбувається динамічне оновлення суспільних відносин, забезпечується їх модифікація відповідно до конституційних цілей, принципів і норм. Постійне удосконалення законодавства, що вважається певною закономірністю розвитку сучасного суспільства, є необхідною передумовою наближення чинних правових норм до потреб сьогодення, їх відповідності нагальним потребам розвитку правової держави, підвищення ролі та авторитету конституції.

¹ Пучков О.О. Правопорядок у сфері національної безпеки сучасної України: монографія. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 68.

² Пархоменко Н.М. Розвиток законодавства України в контексті конституціоналізації, євроінтеграції та забезпечення прав людини: монографія. Київ: Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2016. С. 93–94.

³ Там само. С. 83.

⁴ Подорожна Т.С. Правовий порядок: теоретико-методологічні засади конституціоналізації: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 398.

⁵ Маров И.В. Правовое государство и конституционная ответственность государства перед личностью. *Вестник Московского государственного областного университета* 2010. № 2. С. 71–76 (Серия «Юриспруденция»).

⁶ Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини: Указ Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015. URL: <http://hrstrategy.com.ua/documents/versions/2#cts854f6aee45f58e>

⁷ Права людини в Україні: перше півріччя 2015 / за ред.: А.Б. Благої, О.А. Мартиненка; Укр. Гельсін. спілка з прав людини. Київ, 2015. С. 18.

⁸ Словник іншомовних слів / уклад.: С.М. Морозов, Л.М. Шкарупта. Київ: Наук. думка, 2000. С. 501.

⁹ Овчар І. Конституційна реформа: історія питання і пропозиції законотворців. *ЛІГА.net*. 2020. 15 лют. URL: <https://blog.liga.net/user/iovchar/article/35783>

¹⁰ Морозюк В. Загальна характеристика гарантій реалізації Конституції України. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 12. С. 168–172.

¹¹ Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України: монографія / Ю.С. Шемшученко та ін.; відп. ред. Н.М. Пархоменко. Київ: Юрид. думка, 2013. С. 24–25.

¹² Савчин М. Конституційна юстиція та забезпечення конституційного порядку: 2005–2020: монографія. Ужгород: Вид-во РІК-У, 2020. С. 9.

¹³ Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України: монографія / Ю.С. Шемшученко та ін.; відп. ред. Н.М. Пархоменко. Київ: Юрид. думка, 2013. С. 24–25.

¹⁴ Публічне урядування, права людини і демократія: регіональний зріз євроінтеграції: монографія / Т.О. Карабін, Я.В. Лазур, М.В. Менджул та ін.; за заг. ред. М.В. Савчина. Ужгород: Вид-во УжНУ «Говерла», 2015. С. 17.

¹⁵ Бориславська О.М. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз: монографія. Харків: Право, 2018. С. 9.

Резюме

Пархоменко Н.М., Подорожна Т.С. Правова реформа як інструмент конституціоналізації правового порядку.

У статті досліджено проблеми конституціоналізації правового порядку крізь призму правової реформи. Зазначено, що для сучасної ситуації у правовій сфері (стану конституціоналізації права) характерні такі негативні риси: відсутність раціонально обґрунтованої правової політики, системності рішень державної влади; оптимальних економічних і політичних умов для розвитку правової системи в цілому та окремих її елементів; низький рівень правосвідомості суб'єктів права і високий рівень правового нігілізму; консерватизм та інертність окремих суб'єктів правової системи. Усі ці обставини виступають серйозним гальмом правового порядку. Реформування тісно пов'язане зі зміною влади, політичної системи, політики держави, ідеології, зміною політичного курсу.

Зроблено висновок, що при здійсненні правової реформи важливо неухильно дотримуватись принципів верховенства права, юридичної визначеності та сформованого у правових позиціях Європейського суду з прав людини принципу пропорційності. Зазначені правові механізми сприятимуть ефективнішому конституційному розвитку України, удосконаленню й гармо-

нізації усіх сфер життя суспільства, зокрема і правового, оновленню конструктивного механізму захисту прав та свобод людини і громадянина, що є головною метою конституціоналізації правового порядку.

Ключові слова: права людини, правова реформа, конституційна реформа, конституціоналізація, правовий порядок.

Резюме

Пархоменко Н.Н., Подорожна Т.С. Правовая реформа как инструмент конституционализации правового порядка.

В статье исследованы проблемы конституционализации правового порядка сквозь призму правовой реформы. Указано, что для современной ситуации в правовой сфере (состояния конституционализации права) характерны такие отрицательные черты: отсутствие рационально обоснованной правовой политики, системности решений государственной власти; оптимальных экономических и политических условий для развития правовой системы в целом и отдельных ее элементов; низкий уровень правосознания субъектов права и высокий уровень правового нигилизма; консерватизм и инертность отдельных субъектов правовой системы. Все эти обстоятельства выступают серьезным тормозом правового порядка. Реформирование тесно связано с изменением власти, политической системы, политики государства, идеологии, изменением политического курса.

Сделан вывод, согласно которому при осуществлении правовой реформы важно неуклонно придерживаться принципов верховенства права, юридической определенности и сформированного в правовых позициях Европейского суда по правам человека принципа пропорциональности. Указанные правовые механизмы будут оказывать содействие более эффективному конституционному развитию Украины, усовершенствованию и гармонизации всех сфер жизни общества, в частности и правового, обновлению конструктивного механизма защиты прав и свобод человека и гражданина, что является главной целью конституционализации правового порядка.

Ключевые слова: права человека, правовая реформа, конституционная реформа, конституционализация, правовой порядок.

Summary

Nataliia Parkhomenko, Tetiana Podorozhna. Legal reform as an instrument of constitutionalization of the legal order.

The article examines the problems of constitutionalization of the legal order in the light of legal reform. It is noted that the current situation in the legal sphere (in the state of constitutionalization of law) is characterized by the following negative features: the lack of rational legal policy and of systematic decisions of public authorities; the lack of optimal economic and political conditions for the development of the legal system as a whole and its individual elements; the low level of legal awareness of subjects of law and the high level of legal nihilism; conservatism and inertness of individual subjects of the legal system. All these circumstances are a serious obstacle to the legal order. Reforming is closely related to the change of power, political system, state policy, ideology, political course. In such situations, there is a need for systematic improvement of existing legislation. And it is necessary to make amendments not to separate laws, but to the whole legal field which needs systematic updating. It is emphasized that legal reform should be divided into three main areas: constitutional, legislative and judicial. These are, first of all, the reform of public administration, administrative and territorial reform, judicial and legal reform, the reform of criminal justice, and the reform of local self-government in Ukraine. All these areas are interconnected. At the same time, taking into account the fundamental importance of constitutional law (in relation to other branches of law), there is a need to substantiate the possibility of implementing constitutional principles into the fields of current legislation in order to further constitutionalize the legal order. In view of this, an important step for the legal enforcement of reforms is the constitutional reform, the implementation of which is part of the problem of the development of statehood, improving the legal system of Ukraine.

It is concluded that in the implementation of legal reform it is important to strictly adhere to the principles of the rule of law, of legal certainty, and of proportionality, with the latter formed in the legal positions of the European Court of Human Rights. These legal mechanisms will contribute to more effective constitutional development of Ukraine, improvement and harmonization of all spheres of public life, including legal one, renewal, constructive mechanism for protection of human and civil rights and freedoms, which is the main goal of constitutionalization of the legal order.

Key words: human rights, legal reform, constitutional reform, constitutionalization, legal order.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.04

UDC 378.09

ANATOLII KOSTRUBA

*Anatolii Volodymyrovych Kostruba, Dr. hab. in Law,
Professor, Professor of the Juridical Institute of Vasyl
Stefanyk Precarpathian National University**

ORCID: 0000-0001-9542-0929

PEDAGOGICAL MODEL OF THE FORMATION OF PROFESSIONAL COMPETENCES OF LAWYERS: UKRAINIAN REALITY

Problem definition. The main vector of the development of higher legal education in Ukraine is determined by the general orientation of the national higher education towards entry into the pan-European and global educational space, harmonization of national and international standards of higher education in the context of the Bologna process. On the other hand, rapid development of information technologies has led to the global computerization of society. As a result of this phenomenon in the field of education, the developed data processing environment, mo-

© Anatolii Kostruba, 2020

* *Анатолій Володимирович Коструба, доктор юридичних наук, професор, професор Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника*

dular assembly of information systems (combination of different types of architectural solutions within the same complex) were formed. Consequently, the process of knowledge accumulation for the development of professional competence skills gradually changes the form of implementation. Well-known goals of higher education that are discovered in such elements as knowledge, understanding, forms of their gaining are subject to changes. Unfortunately, such changes do not always have a positive educational trajectory. It must be admitted that educational institutions are no longer the primary educational resource. Those basic goals that are pursued by higher education do not receive appropriate positive response from society. High knowledge level without skills of their application is a major factor in the professional deformation of a graduate of the higher education institution. This problem is clearly visible in the field of higher legal education. Public statistical sources of the State Employment Service of Ukraine indicate that persons with higher legal education take one of the leading places (26 %) among the total number of unemployed persons with higher education who have not been able to find their first job¹. At the beginning of 2019, the Ministry of Justice of Ukraine has proposed the Concept of legal education reform developed together with the Ministry of Education and Science of Ukraine for public discussion. The main issue is the inconsistency between the content of legal education and quality of training in law schools and the modern requirements of the labor market, challenges facing modern democratic society, global development trends and tasks of professional activity of lawyers in various fields. The foregoing calls for the change in the educational paradigm one of the components of which, in our opinion, should be the transition to educational goals of another qualitative type in the cognitive field, including the development of applied professional legal skills, development of critical thinking, etc.

Analysis of recent research and publications. Current issues of higher education pedagogy development are the subject of fundamental researches of representatives of pedagogical science. Back in the early 1990s, there were some changes in pedagogical science in Ukraine: research institutes of pedagogy and psychology of vocational education, higher education were established; periodicals devoted to the problems of organizing the educational process in higher education were founded. This is evidenced by scientific works of such famous scientists as: V. Andrushchenko, M. Holovaty, M. Yevtukh, V. Zhuravskiy, V. Kremin, V. Kovalenko, I. Moroz, S. Mayboroda². Unfortunately, there is a lack of narrow-subject studies in this field. Pedagogical problems of forming a model of lawyers with their readiness for social interaction have not been given much attention.

It should be noted that among legal scholars there is also no interest in the development of legal pedagogy as a direction in higher education pedagogy, the subject of which is the didactic features of the formation of professional competences exactly for lawyers. By the Decree of the President of Ukraine "On the Legal Reform Commission" d/d June 21, 2019 № 421/2019³ the appropriate Commission was formed, within which the working group on the development of legal education operates, however, unfortunately, no fundamental theoretical or substantive practical steps have been taken to address the issues identified. Despite the fact that the working group includes representatives of legal science of leading higher education institutions, initiatives regarding the process of legal education reform are taken solely by the Ministry of Education and Science of Ukraine and the Ministry of Justice of Ukraine.

Pedagogical scientists, in particular scientists of the theory and methodology of education and upbringing (by fields and level of education), paid attention to the formation of professional competence of students of law schools on a piecemeal basis. The methodological basis of such research is comprised of the provisions of hermeneutical approach in pedagogy and the idea of synergetic in the humanitarian paradigm of scientific knowledge, provisions of the activity approach in education, theoretical development of competence approach in higher vocational education.

The abovementioned requires the actualization of the issue of modernization of educational processes in the direction of the formation of competence-oriented training and education of professional lawyer in the light of his/her dialog-discussion and linguistic-intensive professional activity, and creation of an appropriate model of professional training of the lawyer.

Purpose statement. The purpose of the article is to develop an algorithm of professional training of the future lawyer including the production of a model for the formation of professional competences of the lawyer, which shall be based on the organic unity of theoretical, practical, psychophysical training, which in turn will provide the level of professional socialization.

Statement of basic materials. Our research into the process of the formation of professional competences of future lawyers shows that at present the fragmentation approach prevails in the teaching practice of law students. In the process of training law students the focus is on the content of professional discipline-oriented knowledge. Meanwhile, the reasons for failures in professional training problem solving lie in the development of their practical skills. This is due to the fact that this aspect of the professional training of law students is not specifically emphasized as a special educational goal.

The analysis of theoretical and methodological researches and practice of work with students of higher education institutions shows that the process of learning professional practical skills often stops at the level of unconscious incompetence or, at best, conscious incompetence. Therefore, the agenda is focused on the necessity for improvement of the pedagogical model of the process of formation of the legal competences of the lawyer, in particular, the component of its substantive and didactic segments.

The use value of the proposed approach to the process of the formation of professional competences of the lawyer is that under the conditions of improvement of the above segments, it is possible, firstly, to avoid overloading the curriculum with unnecessary courses, and secondly, to provide high-quality professionally necessary differentiated training of law students during the entire period of study.

Thus, the implementation of such a private methodological system achieves the integrity of the whole system of professional training of lawyers, which in turn will ensure the integrity and consistency of legal knowledge and linguistic skills, their practical implementation, and will contribute to the formation of a level of conscious competence of law students.

Opinions. The concept of competence is defined in the Law of Ukraine “On Higher Education”⁴ as a dynamic combination of knowledge, abilities and practical skills, ways of thinking, professional, ideological and civic qualities, moral and ethical values, which determines the ability of a person to successfully pursue professional and further educational activities and is the result of study at a certain level of higher education.

Therefore, competence is an integration category that assumes the unity of legal knowledge and speech skills of the particular individual the structural component of which is comprised of the following three components: 1. *professional and informative (theoretical) components*, which includes theoretical knowledge that ensures the accuracy of the legal and substantive content of professional activity; 2. *professional and activity (practical) component*, which includes professionally relevant skills tested in educational activities and mastered by students as the most effective ones; 3. *professional and personal component*, which includes professional and personal behavior that determine the position and orientation of the student as an individual and process owner towards achieving a certain level of language professionalism⁵.

Today the concept of “Key competences” is being actively discussed in the scientific environment. This concept includes the following components: *social competence* as the ability to take responsibility in professional decision making; *communicative competence*, that is, communication technologies mastering; *cognitive competence* as the ability to independently gain new knowledge and skills, to realize personal potential; *social and informational competence* – information technology possession, and *special competence*, that is, readiness to perform professional functions⁶.

It should be noted that all five of these key competences are directly related to the formation of the lawyer’s skills of professional interaction in the social environment. Moreover, communicative competence is the objective result of the integration of cognitive competence, since professional speech implies mental activity and special competence, as a certain amount of special professionally relevant linguistic knowledge. In turn, special competence integrates social and informative one. It’s worth mentioning that social competence is the result of the consolidation of all others (*communicative, cognitive, social and informational, special*). That is not by chance, since the social responsibility of professional lawyer implies both communication technologies mastering, and the ability to self-improve intellectual potential.

Modern legal psychology has no complete agreement of opinion on the structure of legal activity, however, most researchers identify common, all-specialty structural components of professional activity of lawyers: *gnostic component* (research or cognitive); *organizational component* (contacts with participants of certain legal actions); *structural component* (generalization, analysis of legal facts, argumentation and hypothesis generation); *certification component* (well-developed written speech); *educational component* (ability to influence a person); *communicative component* (professional monologue, dialogue)⁷.

Structural components of professional competence of the lawyer are interrelated, and each of them serves as an integrative function with respect to all the components of professional activity of the lawyer of any specialty.

Such “integrity” in the substantive content of competences as a whole implies a systematic combination of multidisciplinary knowledge, abilities and practical skills which makes it possible to prepare professional lawyer. The formula for this combination is quite diverse. The key in this formula is the need to synthesize the formation of key competences of the future lawyer. Thus, relatively isolated formation of the abovementioned key competences of the lawyer will result in a defect in his/her professional trajectory, which, in turn, will make it impossible for him/her to socially interact in professional environment.

In other words, according to modern scientific approaches to the realization of the person as the lawyer, the process of the formation of his/her personal identity must take place under the conditions of dynamic combination of differentiated elements of different competence or integration of key competences into the image of the professional lawyer.

In this case, such a synergistic combination of dynamic elements of different competences should occur with such a static segment as the corresponding elements of special competence. The specified method provides professional orientation of the law student.

At the same time, formation of the communicative competence can be achieved by means of combination of disciplines of the linguistic and legal cycles with clear structuring of professionally relevant communicative knowledge selected for the educational process. In this case, teaching the disciplines of the language cycle is a way of gaining knowledge that is a component of communicative competence. In turn, the disciplines of the legal cycle ensure formation of the special competence of the lawyer (the ability to perform professional functions).

Professionally oriented communication training of the lawyer involves, above all, knowledge of the specifics of communication in a particular area, peculiarities of the implementation of various types of legal activity due to the nature of the profession.

Another example of the integrated approach to the formation of professional competences is the development of legal cases management skills as a result of combining elements of cognitive competence and special competence.

Thus, professional competence of the future lawyer is based on the knowledge of the typology of professional and legal tasks, on the one hand, and includes their analysis, professional evaluation and application, on the other hand.

Defining the purpose of the professional training of lawyers is a part of an appropriate pedagogical model that can be defined as *target segment of the pedagogical model of the process of formation of the lawyer*. Activity approach as a set of particular educational technologies or techniques is the core of the professional training of lawyers. It is a methodological basis upon which the different training systems with their specific technologies, techniques and theoretical features are built. In this way, we shift away from the method of knowledge translation and their passive gaining enabling the achievement of educational goals that meet the needs of society and the state.

Within the target segment – achievement of the goal – formation of future lawyers' readiness for professional interaction based on the basic principles of scientific approaches and principles of organization of educational process⁸.

The second segment of the pedagogical model is the resource provision for professional training of the lawyer. This module provides for the formation and implementation of a cycle of disciplines that provide the achievement of educational goals set within the first segment of the pedagogical model. This segment solidifies a meaningful content of the pedagogical process of formation of the future lawyer with pedagogical material concerning the professional competences of the lawyer. In our opinion, such cycle substantially includes humanities, thematic legal disciplines and special-purpose disciplines aimed at the extension of professional training. At the same time, the proportion in the distribution of time of the educational process should invariably increase towards the special-purpose disciplines against humanities cycle, which corresponds to the competence-oriented approach of the modern higher education.

Today, it must be admitted that large part of the disciplines that Ukrainian law students learn have nothing to do with law and future practice of law. It is important to provide basic and elective courses which will save time for concentrating attention on mastering the thematic legal disciplines and special-purpose disciplines aimed at the extension of professional training

By providing a meaningful component in developing the competencies of a future lawyer, this module forms accordingly *meaningful segment of the pedagogical model of the process of formation of the lawyer.*

The third element of the pedagogical model of the process of the formation of future lawyer is *didactic segment.*

This block includes the stages of organization of the educational process, blocks of theoretical and practical training of future specialists, teaching methods. This segment is comprised of the forms of organization of the educational process as a way of organizing, constructing and holding classes in which the content of educational work, didactic tasks and teaching methods are implemented. Depending on the purpose forms of organization of educational process are divided into lectures, practical classes, seminars, laboratory sessions, laboratory practical works; students' individual work; scientific expeditions, excursions, educational conferences; consultations, etc.

Roman Melnyk points to the issues of unnecessary theorization of educational process due to the excessive academic loads in the form of lectures⁹. According to the scientist, in this context the most telling example is the approach of the German authors of law literature, who pay great attention not only to the compilation of practical exercises, which are solved by German law students in the course of practice, preparation for exams, but also to the development of methods of legal analysis of relevant cases. This makes it possible to achieve the uniformity of legal thinking, to develop uniform approaches to the law enforcement practice in general and case law in particular.

Currently, innovative processes in the field of higher legal education result in the introduction of such new forms of education as the legal clinic. Its purpose is to prepare law graduates for their future practical activity.

Back in the 19th century, law faculty in different countries (Germany, Russia, etc.) faced the problem of the gap between the level of knowledge, skills and qualities of graduates and the requirements of employers for young lawyers' qualification. Students studied serious scientific disciplines, and the experience was expected to be purchased later after graduation.

In the countries of Anglo-Saxon legal tradition, the training of lawyers was conducted exclusively in the form of individual mentoring: the young man became the assistant of an experienced lawyer, at first he carried out small tasks, watched the work of the master and step by step was allowed to a more responsible independent activity¹⁰.

In the late XIX and early XX centuries, scientists and practitioners in Russia actively discussed the issue of "Organization of educational process at Law Departments". In particular, in 1901 professor Liublinskyi O. I. wrote the article "On Legal Clinics" for the Journal of the Ministry of Justice where he stated that the establishment of legal clinics in Russia is particularly desirable in view of the overly theoretical nature of teaching at Law Departments, the diversity and number of courts with a specific competence inherent in each of them, as well as the poverty and illiteracy of the majority of the population¹¹. In the 1930s, Professor Mayer organized a law clinic at Kazan University¹².

At present, in Ukraine there are over 130 legal clinics. Similar forms of students' education are implemented at the Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Yaroslav Mudryi National Law University and other leading educational institutions, usually it starts in 3-4th academic year, sometimes in 1st year.

Current system of legal education in Ukraine is based on the formation of students' theoretical knowledge, which, of course, provides a certain level of quality of students (future specialists) training. In traditional academic studies, most of the curriculum includes lectures and seminars. In the study of disciplines emphasis is placed primarily on the subject, content and specificity of the studied discipline. However, this approach does not fully allow students to have an understanding of cross-curricular links within the specialty as a whole. In addition, traditional teaching is based on explanatory, illustrative and reproductive methods. Its essence is reduced to the procession of transferring ready, known and "final" knowledge to the student (commenting on the rules of law, explanation of scientific definitions, etc.). The result is the students' passive attitude to learning.

Legal clinic training is based on new technologies: at each stage of study and work in the clinic the student should not only keep in mind the information he/she traditionally receives in classrooms, at academic sessions, but also try to apply it to the realities of legal practice through appropriate interactive teaching methods: role-playing games, case analysis, brainstorming, small group work.

To generate the system of professional training of lawyers, it is necessary to determine the scope of the professional training of law students. It is known that in the complex and multifaceted professional activity of the lawyer the basic operations are the following: 1) fact finding; 2) legal evaluation of factual data; 3) establishing legal behaviors, that is, correlation of a life situation with a specific legal norm, the call to ensure its effectiveness; 4) procedural activities to solve the case; 5) preparation and execution of the legal document. All these areas of legal activity have determined applied orientation in the future lawyer's professional training system.

Finally, the evaluation and productive segment of the pedagogical model of the process of preparation of the lawyer constitutes its last element. It includes levels of preparedness of future lawyers for professional interaction, defined on the basis of criteria and indicators developed, and methodological complex of pedagogical influence which is aimed at correction of the obtained results in the process of preparation¹³.

The evaluation and performance component of the proposed model is designed to meet current labor market requirements for the training of law professionals. Control during the formation of the legal competences of the lawyer should meet the goals and objectives of legal education, have the adequacy and adaptability of control methods, objectivity of the relevant results.

An important step in the training of future lawyers is not only the formation of professional skills, but also assessment of the level of their development. This shall be achieved through such techniques as test control and case studies. The principal innovation in this area is the unified professional entrance examination as a form of entrance test in law and general educational legal competences for admission to study for the Master degree on the basis of the higher education degree (Specialist degree), which involves the use of organizational and technological processes of external independent evaluation for entrants with a specialization in 081 "Law" and 082 "International Law", and such a form of assessment of the level of special (professional, subject) competences of students defined by the standards of higher education and sufficient for effective performance of professional activity by occupation as the only state qualification examination.

¹ Koziakov S.Iu., Lylyk S.V., Lylyk I.V., Pyrohova D.I., Krasnovskiy O.V. (2015) Analytical report on the results of the project "Public participation in the formation of the framework of qualifications of the legal profession by analyzing knowledge, the list of skills and competences that law graduate needs to possess to meet the demands of today's labor market. Kyiv: Ukrainian Marketing Association.

² Andreychuk S. (2006) State administration of higher education in the context of the Bologna Declaration. Actual problems of public administration reform in Ukraine, Lviv, 16-01; Zhuravskiy V.S. (2003). Higher education as a factor of state formation and culture in Ukraine. Ukraine: In Jure; Mayboroda S. V. (2002) Higher education of Ukraine under the conditions of integration into the world educational space. State administration in the context of integration into the European Union, Kyiv, 29-05; Kremen V.H., Nikolayenko S.M., Stepko M.F. K. (2005). Higher education in Ukraine. Kyiv: Osvita.

³ Ukaz pro Komisiiu z pytan pravovoi reform 2019 (Prezydent Ukrainy). [Decree about the Legal Reform Commission 2019 (President of Ukraine)]. Ofitsiyniy visnyk Prezydenta Ukrainy. [Official Bulletin of the President of Ukraine], 15, 374 [in Ukrainian].

⁴ Zakon pro vyshchu osvitu 2014 (Verkhovna Rada Ukrainy). [Law about Higher Education 2014 (Verkhovna Rada of Ukraine)]. *Ofitsiynyy sayt Verkhovnoyi Rady Ukrainy*. [The official website of the Verkhovna Rada of Ukraine]. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18> [in Ukrainian]. (2018, April, 04).

⁵ Kosianova O.M. (2006) More on the formation of professional communicative competence of students of legal specialties. Problems of speech culture in the modern communication space, Nizhny Tagil, 16-04.

⁶ Zimniaia I.A. (2003) Key competences are the new paradigm of education results. Higher education today, 5, 35–41.

⁷ Kartashov V.N. (1998) Legal practice in the legal system of society. In Marchenko M.N. (Ed), Basic theory of the state and law (pp. 130–176). Moscow: Zertsalo; Shykhantsov H.H. (2000) Legal psychology. Moscow: Iurist; Matuzov N.I. (2002) Legal practice. In Malko A.V. (Ed), Theory of the state and law (pp. 230–245). Moscow: Jurist.

⁸ Bratkova O.I. (2018) Scientific approaches in training future lawyers for professional interaction. Bulletin of Zhytomyr Ivan Franko State University. Pedagogical Sciences, 4(95), 20–25.

⁹ Melnyk, R. (2013) Ukrainian legal education as it is: problems and solutions. Accounting, analysis and audit: problems of theory, methodology, organization, 1, 176–180.

¹⁰ Honcharenko V.O. (2004) Legal Clinic: History and Definitions. Practical experience of "legal clinics" in Ukraine, 1, 3–5.

¹¹ On "legal clinics" (1901). Journal of the Ministry of Justice, 1–2, 175–181.

¹² Honcharenko V.O. (2004) Legal Clinic: History and Definitions. Practical experience of "legal clinics" in Ukraine, 1, 3–5.

¹³ Bratkova O.I. (2019) Structural and functional model of the process of the formation of future lawyers' readiness for professional interaction. Teacher education: theory and practice, 27, 16–22.

Резюме

Коструба А.В. Педагогічна модель формування професійних компетентностей правника: українські реалії.

Стрімкий розвиток інформаційних технологій призвів до глобальної комп'ютеризації суспільства. Наслідком цього явища у сфері освіти стало формування середовища розробленої обробки даних, модульної побудови інформаційних систем (поєднання різних типів архітектурних рішень у межах одного комплексу). У результаті процес накопичення знань для формування навичок професійних компетентностей поступово змінює форму своєї реалізації. Наведене вимагає актуалізації питання модернізації освітніх процесів у напрямі формування компетентісно-орієнтованого навчання і виховання професійного юриста в світлі його діалогово-дискусійної та лінгвоінтенсивної професійної діяльності, створення відповідної моделі професійної підготовки юриста.

Методологічну основу дослідження складає герменевтичний підхід у педагогіці та ідеї синергетики в гуманітарній парадигмі наукового знання, положення діяльнісного підходу в освіті, теоретичні розробки компетентісного підходу у вищій професійній освіті що дозволило сформулювати підхід до навчальних цілей іншого якісного типу, серед яких доцільність формування прикладних професійних правничих навичок, розвиток критичного мислення тощо.

У роботі сформовано алгоритм професійної підготовки майбутнього юриста, який передбачає в якості основного елементу створення моделі формування професійних компетентностей правника через діяльнісний підхід.

Педагогічна модель правника ґрунтується на органічній єдності теоретичної, практичної, психофізичної підготовки, що забезпечує рівень професійної соціалізації. В основі моделі чотири сегмента: цілісний, змістовний, дидактичний і оціночно-результативний. Дослідження процесу формування професійних компетентностей юриста через встановлену модель дозволило встановити недоліки у змістовному й дидактичному сегментах, які полягають у переважаності навчальних програм завдяки дисциплінами гуманітарного змісту і відсутності прикладної складової в навчальному процесі, яка домінувати сьогодні.

Ключові слова: юридична освіта, компетентісний підхід, педагогіка вищої школи, педагогічна дидактика, юридична клініка.

Резюме

Коструба А.В. Педагогическая модель формирования профессиональных компетенций юриста: украинские реалии.

Стремительное развитие информационных технологий привело к глобальной компьютеризации общества. Следствием этого явления в сфере образования стало формирование среды обработки данных, модульного построения информационных систем (сочетание различных типов архитектурных решений в рамках одного комплекса). В результате процесс накопления знаний для формирования навыков профессиональных компетенций постепенно меняет форму своей реализации. Приведенное требует актуализации вопроса модернизации образовательных процессов в направлении формирования компетентностно-ориентированного обучения и воспитания профессионального юриста в свете его диалогово-дискуссионной и лингвоинтенсивной профессиональной деятельности, создание соответствующей модели профессиональной подготовки юриста.

Методологическую основу исследования составляет герменевтический подход в педагогике и идеи синергетики в гуманитарной парадигме научного знания, положения деятельностного подхода в образовании, теоретические разработки компетентностного подхода в высшем профессиональном образовании что позволило сформировать видение учебных целей другого качественного типа, среди которых целесообразность формирования прикладных профессиональных юридических навыков, развитие критического мышления и тому подобное.

В работе сформирован алгоритм профессиональной подготовки будущего юриста, который предусматривает, в качестве основного элемента, создание модели формирования профессиональных компетенций юриста через деятельностный подход.

Педагогическая модель юриста основывается на органическом единстве теоретической, практической, психофизической подготовки, обеспечивает уровень профессиональной социализации. В основе модели четыре сегмента: целостная, содержательная, дидактическая и оценочно-результативная. Исследование процесса формирования профессиональной компетентности юриста через установленную модель позволило установить недостатки в содержательном и дидактическом сегментах, которые заключаются в перегруженности учебных программ лишними дисциплинами гуманитарного содержания и отсутствии прикладной составляющей в учебном процессе, которая доминировать сегодня.

Ключевые слова: юридическое образование, компетентностный подход, педагогика высшей школы, педагогическая дидактика, юридическая клиника.

Summary

Anatolii Kostruba. Pedagogical model of the formation of professional competences of lawyers: Ukrainian reality.

Rapid development of information technologies has led to the global computerization of society. As a result of this phenomenon in the field of education, the developed data processing environment, modular assembly of information systems (combination of different types of architectural solutions within the same complex) were formed. Consequently, the process of knowledge accumulation for the development of professional competence skills gradually changes the form of implementation. Well-known goals of higher education that are discovered in such elements as knowledge, understanding, forms of their gaining are subject to changes. The foregoing calls for the change in the educational paradigm one of the components of which, in our opinion, should be the transition to educational goals of another qualitative type in the cognitive field, including the development of applied professional legal skills, development of critical thinking, etc. This study contains the formed algorithm of professional training of the future lawyer which provides for the production of a model for the formation of professional competences of the lawyer as the basic element. Such a pedagogical model shall be based on the organic unity of theoretical, practical, psychophysical training, which in turn will provide the level of professional socialization. The model is based on four segments: target, meaningful, didactic and evaluation and productive. The study of the process of the formation of professional competences of the lawyer using the established model has made it possible to identify shortcomings in the content and didactic segments, which consist in overload of curricula with unnecessary disciplines of humanitarian content and lack of applied component in the educational process.

Key words: legal education, competent approach, higher education pedagogy, pedagogical didactics, legal clinic.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.05

УДК 340.115

Л.В. ДЯЧУК

Леонтій Володимирович Дячук, кандидат історичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

BASILICORUM LIBRI: SECUNDAE NUPTIAE**

Здійснення законодавчих реформ перші імператори Македонської династії (Василій I та Лев VI Філософ) розуміли як відтворення актуальних норм усіх правових інститутів окремих частин Corpus juris civilis Юстиніана (Дигести, Кодекс, Інституції, Новели) на мовній основі грецької юридичної лексики, тобто як створення свого роду «грецького Юстиніана» (І. Медведєв). Звичайно, для здійснення такого монументального завдання передбачалось створити масивне юридичне зібрання, поділене на 60 книг, яке отримало назву Basilicorum libri (імператорські книги).

Слід зазначити, що Basilicorum libri, не зважаючи на різні оцінки щодо їх призначення, викликали професійний інтерес як у візантійських юристів X–IV ст., так і в європейських дослідників від середніх віків

© Л.В. Дячук, 2020

* *Leontiy Diachuk, Ph.D. in History, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

** Стаття подана в авторській редакції

(Куяцій, 1557) до модерних та постмодерних часів: J.-А.-В. Mortreuil¹, Д. Азаревич², М. Бенеманський³, F. Pringsheim⁴, А. Каждан⁵, М. Сюзюмов⁶, Е. Ліпшиц^{7,8}, І. Медведєв^{9,10}, Є. Сильвестрова¹¹. У жодній із праць названих авторів (за винятком окремих аспектів порівняльного аналізу Василік та Прохірону в М. Бенеманського³ та низки наукових уточнень М. Сюзюмова) відсутні безпосередні аналітичні оцінки тексту Basilicorum libri у контексті, наприклад, приватного права, оскільки у них досліджується зовнішня історія права, яка безпосередньо є предметом наукових дискусій. Так, однією з найбільш принципів дискусійних проблем є історичне та, особливо, практичне значення Василік часів Ромейської держави і після її падіння. Але серед іншої проблематики спорадично збереглися окремі оціночні судження, які мають не перебільшену вагу в частині інституту шлюбного права. Звісно, окремі оціночні положення названих авторів враховуються при аналізі та узагальненнях багатогранної тематики шлюбного права, зокрема, проблеми повторного шлюбу. Дуже велике різноманіття правових явищ, наприклад, помітне у відомій фахівцям праці М. Сюзюмова *Василіки як джерело внутрішньої історії Візантії*, в якій, як у багатьох інших, відсутні ідеологічні інвективи та філіппіки радянської доби⁶. Однак в основному дослідницький досвід згаданих авторів враховується передусім щодо тематики *про джерела візантійського права в контексті інститутів шлюбного законодавства та приватних збірників* (див. розд. 1).

Важливе значення для дослідження найбільш об'ємного зібрання греко-римського права має його публікація в ХІХ ст. та ХХ ст., тобто, видання в умовах академічного розвитку гуманітарних наук. Йдеться про критичне видання Basilicorum libri, яке здійснили відомі знавці греко-римського права брати Gustav Ernst Heimbach та Carl Wilhelm Ernst Heimbach (1843, 1870) та Herman Jan Scheltema (1953)¹². У процесі дослідження даної теми використовувався текст ХХVІІІ книги (ІІІ т.) Basilicorum libri з видання 1843 р. С.Е. Heimbach (у літературі саме його ім'я частіше називають для ідентифікації даного видання)¹³.

У більшості офіційних та приватних збірок з візантійського права в контексті дослідження повторного шлюбу присутні три взаємно пов'язані аспекти юридичного наративу, з'ясування яких дає можливість зрозуміти правовий зміст, регулятивно-правовий механізм та правове значення і юридичні наслідки повторного шлюбу: 1) про кількість повторних шлюбів; 2) їх правові причини (в контексті норм про розлучення) та правові умови вступу у другий шлюб; 3) правовий зміст спеціальних норм про повторні шлюби у контексті визначених відповідних гіпотез (в умовах дотримання чи порушення закону або традиційних положень) і регулятивно-правових механізмів, які забезпечували правові інтереси суб'єктів повторного шлюбу та передусім їх дітей. Такий підхід визначає структуру викладу досліджуваного правового матеріалу.

Проблема кількості повторних шлюбів у Basilicorum libri вирішувалася в контексті відповідних правових джерел Юстиніана, кодифікованих у найбільш об'ємному зібранні греко-римського права, завдяки юридично-технічним засобам, які корелюються з причинами формування Василік. Отже, визначення основних правових джерел про повторний шлюб у Василіках пов'язувалось з метою їх створення, як монументального зводу, який мав увібрати усі інститути греко-римського права, що залишались актуальними в часи правління імператорів Василя І (867–886) та Лева VI (886–912). Основними джерелами Basilicorum libri, у контексті повторних шлюбів, є правові положення та норми Дигест і Кодексу, але насамперед – правові норми 22 та частково 117 і 134 новел Юстиніана (Nov. 22.22–23; 117; 134.10).

Дана проблематика, звичайно, вирішувалась у контексті правового досвіду систематизаторів Basilicum libri, в яких без спеціального обговорення проблеми законного числа повторних шлюбів усі аспекти даної тематики розглядаються в контексті лише другого, повторного шлюбу.

Оскільки в зібраннях Юстиніана, передусім у Новелах (як і Дигестах та Кодексі, правда з різних мотивів), не відображена проблема про число повторних шлюбів, то свого часу у Василіках також немає відповідних правових норм, в яких би регулювалась така шлюбна проблема. Слід звернути увагу і на такий нюанс в контексті (тобто, середовищі, в якому існує об'єкт методології дослідження проблеми, що у двох титулах 22-ї новели Юстиніана на латинській мові присутній текст, який виражає норму-ідею про secundae nuptiae (Nov. 22.22–23), а в англійському виданні Новел Юстиніана, яке здійснив американський вчений S.P. Scott¹⁴, у обох тематичних титулах 22 новели Юстиніана, що важливо у зв'язку з попереднім усвідомленням основної ідеї тексту (передзання), присутні їх назви: 1) *Про другий шлюб* (Nov. 22.22); 2) *Коли жінка після того, як минув рік жалоби повторно (ще раз), виходить заміж, а також про (її) прибутки з посаги та дошлюбного дару (donatio ante nuptias)* (Nov. 22.23). Отже, як у тексті оригіналу вказаних новел (латентно) та в англійському перекладі (декларативно), так і в назві 14 титулу ХХVІІІ книги Василік, застосовується категорія *secundae nuptiae* та систематизовані правові норми про другий шлюб. Така однотайність Василік та законодавства Юстиніана (переважно) зумовлена метою, яку прагнули здійснити імператори та їх юристи – створення грецького аналогу усього актуального в ІХ ст. законодавства Юстиніана. Звісно, що при цьому застосовувалися засоби юридичної техніки, окрім іншого, як критична компіляція та ексцерпти з тих чи інших правових актів Юстиніана. Тому тотожність відповідних текстів законодавства Юстиніана, у нашому випадку його новел, і Василік значно вища, ніж тотожність правових положень таких збірників імператорів Македонської династії, як Епанагога (Ісагога) та Прохірон. Тим не менше, формування юридичного дискурсу Basilicorum libri відбувалось шляхом творчого осмислення, застосованих у Василіках правових норм Юстиніана, які не перетворили зібрання імператорів Македонської династії лише на архів греко-римського права, а сприяли його актуальності, очевидно, у зв'язку з універсальним характером правових норм, у наступні часи історії Ромейської імперії. Існують недвоякі вказівки на те, що Василіки скасували чинність юстиніанового зводу і новел, зауважив М. Сюзюмов, що юстиніанове право вважалось прийнятним лише остільки, оскільки було прийнято у Василіки, і лише в тій редакції, яка була допущена у Василіках⁶.

Перед тим як перейти до відповідних джерел Василік, слід зазначити про таку деталь у тексті Василік, у яких правові положення відокремлюються, але у публікації, яку здійснив відомий німецький вчений Gustav

Ernst Heimbach (Lipsia, 1843), нема нумерації в межах пронумерованих титулів, тому в процесі дослідження необхідно застосувати умовну нумерацію або посилатись на відповідні сторінки публікації правового пам'ятника.

Перейшовши до розгляду правових норм про розлучення в контексті і з метою конкретизації корелятивних зв'язків останніх із правовими нормами про другий шлюб Василік, слід зазначити, що правові норми про розлучення визначають правовий статус винної та потерпілої сторін у процесі розлучення, чим обумовлюють особливості вступу в повторний шлюб особи, залежно від її статусу в процесі розлучення. Тому перед тим, як проаналізувати матеріал з тематичного 14-го титулу – *De viris et mulieribus ad secundas nuptias transeuntibus*, XXVIII книги *Basilicorum libri*, слід з'ясувати вказані аспекти в контексті форм і видів припинення шлюбу, переважно через розлучення, які в контексті їх причин визначають особливості законного вступу у *secunda nuptia* та причини юридичної відповідальності за порушення правових приписів про другий шлюб, передбачених імператорським законодавством.

З тих правових норм, що передбачають одностороннє розлучення і відповідне право на повторний шлюб (абсолютне чи зумовлене дотриманням відповідних процедур та певних часових термінів), що систематизовані в 7-му титулі 28 книги в *Basilicorum libri* та корелюються з відомими титулами 117 новели Юстиніана, слід звернути увагу на такі причини припинення шлюбу: 1) розлучення з дружиною, якщо вона не повідомить чоловіку про змову проти імператорської влади (Bas. 28. 7. (1) = Nov. 117.8.1-2)¹³. У таких умовах чоловік набуває право на законне розлучення, посаг дружини, що переходить у його власність чи користування, при наявності дітей від першого шлюбу, та право на беззаперечний вступ у другий шлюб; 2) друга причина розлучення – перелюб дружини – вважається догматичною [Сок, с. 120], тому що за Святим Писанням вона, як поступка слабкості людини, визнавалась єдиною, що давала право на розлучення (Матв. 19.8–9). Чоловік же при відомих майнових перевагах міг відразу вступати у законний повторний шлюб (Bas. 28.7.(2) = Nov. 117.8.3)¹³. Разом із тим, систематизатори *Basilicorum libri*, посилаючись на 134 новелу Юстиніана (Nov. 134.10), передбачили гіпотезу про можливість чоловіка відмовитись від безшлюбності, а й від *secundae nuptiae*, та зберегти попередній шлюб. Отже, йдеться про наступний регулятивно-правовий механізм: якщо дружина вчинила перелюб, то притягалась до цивільної та (квазі) кримінальної юридичної відповідальності, а остання передбачала її вислання у монастир, але чоловік упродовж двох років міг її звідти забрати (Bas. 28.7.(3) = Nov. 134.10)¹³. Квазі-кримінальна відповідальність полягала в тому, що замість традиційних форм кримінального покарання для жінок (ув'язнення, вислання та ін.) Юстиніан передбачив відправлення винної в перелюбі жінки в монастир, яке не можна назвати кримінальним ув'язненням. Єдина відмінність її становища від інших послушниць та черниць полягала в тому, що останні потрапили в монастир добровільно, а вона – з примусу. Але, перебуваючи в монастирі, на чому акцентував увагу Юстиніан, вона потрапляє в середовище духовного впливу, де може насправді досягнути ступінь свого смертного гріха, навіть не приймаючи чернечий постриг. Найбільш ідеальною, особливо при наявності дітей, є модель відповідних дій чоловіка щодо нового статусу жінки, коли чоловік відмовляється від жінки-перелюбниці і направляє її у монастир, яка тим часом втрачає право на шлюбне майно на користь чоловіка чи дітей, при тому, що чоловік отримує право користування на потенційне дитяче майно. А жінка, втративши свободу у світському розумінні, що стримує її від подовження гріха, отримує свободу в духовному спілкуванні, замолюючи свій гріх. Однак наприкінці дворічного терміну перебування жінки-послушниці в монастирі, переконавшись, що вона розкаялась і усвідомила ступінь важкості аморального вчинку, чоловік повертає її у сім'ю. Втім, коли така послушниця вирішує прийняти чернечий постриг, то чоловік не зможе забрати її з монастиря. Тобто відмова чоловіка від повторного шлюбу і реанімація вказаним чином попередньої сім'ї залежала від його волевиявлення, але уже після цього – від волевиявлення колишньої дружини, оскільки остання могла відмовитись від його пропозиції і залишитись в монастирі (в тому чи іншому статусі).

Після останньої норми про розлучення у Василіках на джерельній основі 117 новели Юстиніана сформовані причини розлучення чоловіка з дружиною за наступними параграфами 8 титулу 117 новели Юстиніана (Nov. 117.8 .3–7 = Bas. 28.7. (4), які корелюються з наступною (умовно, четвертою) правовою нормою Василік¹³ та розлучення за волевиявленням дружини з чоловіком, дії якого привели до розірвання шлюбу (Nov. 117.9 = Bas. 28.7. (5)¹³. Слід зазначити, що усі означені норми про одностороннє розлучення з вини одного чи іншого з подружжя увійшли також у Епанагогу (Epan. 21.5) та Прохірон (Proch. 11, 6–18). Правові наслідки односторонніх розлучень для законності повторних шлюбів в 117 новелі Юстиніана, Епанагозі, Прохіроні та Василіках цілком однозначні й тотожні. Винна сторона втрачає право на шлюбне майно, інша набуває таке право, але при наявності дітей воно обмежується правом *користування* *lucra nuptialis*. Звичайно, якщо чоловік розлучався з дружиною через вказані в усіх чотирьох пам'ятниках права причини, то відразу набуває право на *secunda nuptia*, таке ж право має дружина, якщо вона була визнана потерпілою стороною в умовах розлучення через вину чоловіка, але при дотриманні однорічного терміну, пов'язаного з *turbatio sanguinis* (D. 3.2.11.1). Втім, відомий римський юрист та історик римського права Помпоній висловив думку, яку підтверджує Ульпіан, що коли впродовж традиційного терміну колишня дружина народила дитину, то відповідний термін припинявся, а вона *негайно* могла вступити у другий шлюб (D. 3.2.11.2). Це засвідчувало, що основний мотив встановлення такого терміну в класичний період римського права був уже не траур за чоловіком, а правильне встановлення батьківства народженої дитини, оскільки це мало пряме відношення до спадщини покійного чоловіка, а з часів Юстиніана – також до шлюбного майна батьків, право власності на яке набувала така дитина. Звичайно, в християнські часи народження законної дитини було одним із принципів збереження законного шлюбу, але дана проблема у зв'язку з *turbatio sanguinis* не отримала в новелах Юстиніана подальшої розробки, і в загальному стані в контекст річного терміну, встановленого у законодавстві останнього, увійшла у *Basilicorum libri* як уже традиційне положення греко-римського права.

Разом із тим на юридичній основі 22 новели Юстиніана (Nov. 22.15) у Вазиліки увійшли **дві правові** норми, яких немає, як зауважив І. Соколов, в Епанагозі та в Прохіроні¹⁵. Йдеться про те, що винувата жінка після одностороннього розлучення *не має* права впродовж п'яти років вступати у другий шлюб, а якщо вона одружиться до закінчення указанного терміну, то такий шлюб вважається нечистим і не може називатися законним¹³. Разом із тим будь-яка особа може звинуватити тих, які зухвало уклали шлюб проти закону (*ibid*). Якщо ж дружина благословенно вишле винному чоловіку лист про розлучення, то вона звісно, дотримавшись одnorічного терміну в зв'язку *turbatio*, може реалізувати власне право на повторний шлюб [*ibid*]. Навіть у тих випадках, коли припинення шлюбу відбувається за *divortium bona gratia*, дружина змушена дотримуватись одnorічного терміну, і лише тоді, коли він закінчиться, має право вступити у другий шлюб. Втім, стосовно чоловіка, через дії якого відбулось розлучення, окрім втрати права на шлюбне майно, про п'ятирічний термін заборони вступати у другий шлюб ні в правовій нормі Юстиніана, ні в *Basilicorum libri* не йдеться (Nov. 22.15; Bas. c. 222).

І, зрештою, у *Basilicorum libri* увійшли чотири норми на юридичній основі 22-ї та 117-ї новел Юстиніана, які передбачають законне припинення шлюбу (при відсутності вини чоловіка чи дружини) за об'єктивними обставинами. Такий вид розлучення в тогочасних джерелах та в літературі з романістики XIX–XX ст. отримав формальну назву *divortium bona gratia*, а грецькою мовою *αγαθή χάριτι* (благодатна причина)¹⁵. Кожна з цих норм має свою специфіку, але в кожному разі сторона, яка має право на повторний шлюб, змушена дотриматись відповідної процедури. Звісно, йдеться не про традиційний одnorічний термін, пов'язаний, при необхідності, з трауром і завжди з *turbatio*, а про терміни, які зумовлені об'єктивними обставинами і торкаються обох з подружжя.

1. Так, у правовому положенні Василік на основі 117 новели Юстиніана про припинення шлюбу з чоловіком-воїном, який пропав безвісти, але для законного вступу у другий шлюб дружина повинна дотриматись п'ятирічного терміну очікування чоловіка та отримати від його безпосередніх керівників підтвердження про його тривалу відсутність, яка зумовлена його смертю. Тільки після офіційного підтвердження, очевидно, на п'ятому році очікування, жінка, незалежно від наявності чи відсутності дітей, набуває права на *secundae nuptiae* (Nov. 117.11)¹³. Звичайно, за умов, коли жінка має спільних дітей з чоловіком, який пропав безвісти, у випадку, якщо вона вступає в другий шлюб, то втрачає відомі майнові преференції, а якщо діє з почуттям християнського ригоризму, відмовляючись від другого шлюбу, то вільно користується усім об'ємом *iusa nuptialis* і виконує обов'язки глави сімейства.

2. Коли один із подружжя приймає чернецтво, а за другим, який залишається в миру, призначаються за попередньою згодою певні майнові вигоди, а саме така частина шлюбного майна, яка визначається у випадку смерті одного з подружжя, оскільки в даному випадку особа, яка прийняла схиму, вважалась померлою для мирського життя (Bas. c. 224 = Epan. 21.1 = Nov. 22.5). Чоловік, який залишався в миру, має необмежене право другого шлюбу, залишаючись главою об'єднаної сім'ї, якщо були діти від першого чи також від другого шлюбу. Натомість, якщо чоловік виявив волю вступити в монастир, то дружина отримувала тотожні майнові преференції. Але якщо вона вирішила вступити у другий шлюб, то повинна була дотриматись традиційного одnorічного терміну. Окрім того, її майнове становище залежало від наявності чи відсутності у неї законних дітей. Так, отримавши від чоловіка, який вступав у монастир, відповідну частку майна, яку б отримувала у випадку його смерті, при відсутності дітей набувала на нього право власності. Вступ у другий шлюб не обмежував її права власності на дане майно. Натомість, якщо у неї залишились діти після законного припинення шлюбу, то у випадку другого шлюбу вона втрачала право на будь-яке майно батька її законних дітей.

3. Особливістю наступної норми про розлучення, що зумовлює право на другий шлюб, є відсутність вини чоловіка чи дружини, оскільки підставою для його здійснення є фізична нездатність чоловіка. Для того, щоб розлучитись з чоловіком і вступити в законний другий шлюб, жінка повинна дотриматись трирічного терміну, встановленого Юстиніаном, а лише після цього, якщо його фізичний стан залишився без змін, вона набуває право на розлучення та повторний шлюб. Це відбувалось без дотримання традиційного одnorічного терміну, оскільки підстав для народження законної дитини у неї не було, окрім того, трирічний термін перетворював одnorічний на фікцію (Bas. c. 224 = Nov. 22.6). Отримавши право на другий шлюб, жінка мала три варіанти цілком правомірної поведінки: 1) безумовний вступ у другий шлюб після законного розлучення; 2) розлучення, але відмова від другого шлюбу; 3) залишення в сім'ї, в умовах, які нагадували прецеденти, коли керуючись християнськими помислами, чоловік та дружина відмовились від інтимних відносин і домовились вести спільне цнотливе життя, що нагадувало домашній монастир. Такі випадки траплялися в першій християнській державі на початках її існування, наприклад, коли звичайний та одружений священник займав згодом високі ієрархічні посади [braun]. Але, імператор Юстиніан та Василій I і Лев VI, очевидно, не вважали за потрібне, окрім застосування вказаних норм, втручатися в справу, яка регулюється консенсусом волевиявлення подружжя, яке мало право, у вказаних обставинах, не тільки на розлучення, а й на збереження сім'ї.

Зрештою, особи, які не мали через відомі обставини дітей, могли здійснити акт усиновлення, яке було найбільш поширений в Стародавньому Римі, але про таку практику в Ромейській імперії свідчило законодавство християнських імператорів (від Константина до Юстиніана) (C. 5.27.12). Щоправда, таке усиновлення було можливе при наявності двох юридичних фактів: 1) наявність у чоловіка позашлюбних дітей, для узаконення яких християнськими імператорами було встановлено три форми *legetimatio*: а) *legetimatio per oblationem curiae*; б) *legetimatio per subsequens matrimonium*; в) *legetimatio per rescriptum* (C. 5.27.7)¹⁶; 2) згода дружини, яка мала право на альтернативу. Якщо перші форми узаконення мали як позитивні, так і негативні наслідки та об'єктивні ускладнення, то узаконення у формі *adrogatio* чи *adoptio* будь-якої *вільнонародженої особи*, в будь-якому віці, стало правовою традицією від часів архаїчного Риму і збереглося в Ромейській християнській імперії (C. 5.27.7).

4. Остання форма одностороннього скасування шлюбу належить також, як і три попередні, до категорії припинення шлюбу через *divortium bona gratia*, яка за підставу такого правочину має полон одного із подружжя (Bas., с. 224–225 = Epan. 21.3 = Nov. 22.6). Витоки даної проблематики пов'язані з римською правовою традицією, за якою полонений підлягав *capitis deminutio maxima*, а це було підставою законного припинення шлюбу (D. 24.2.6; D. 49.15.8, 12.4 та ін.) [Шул, с. 226]. Оскільки така особа не відповідала ні статусу свободи, ні громадянства, то за вказаною традицією вона втрачала право на законний шлюб. Тобто коли чоловік потрапив у полон, то жінка, дотримавшись однорічного терміну, відразу набуває права на *secundae nuptiae*. Противагою такому традиційному положенню є також стародавній *jus postliminii*, яке передбачає, що через тимчасову відсутність чоловіка його дружина, діти та інші підвладні особи не змінюють свій попередній статус. За законом Тулла Гостілія (третій Rex Риму), будь-який вільнонароджений громадянин має право на позов (*actio popularis*) проти того, хто порушує права полоненого. Застосовуючи юридичну фікцію Корнелій Сулла (138–78 до н. е.) у своєму законі (*lex Cornelia*) вважає, що у разі смерті полоненого його юридичні відносини на батьківщині розглядалися як відносини померлого римського громадянина, спадкоємці (за законом) якого отримують його спадщину. А якщо полонений повертався, то за *jus postliminii*, відновлюються усі його права. Це право на відновлення і носило в Римі назву *jus postliminii* [Мур, с. 55–58]. Отже, в римському праві існувала система *jus postliminii*, з якою корелювалися названі закони, яка була юридичною основою подальших юридичних розробок про визнання прав тих, хто потрапив в полон. У контексті цієї тенденції в класичний період історії римського права знаменитий юрист Сальвій Юліан (II ст.) створив концепцію розлучення через полон чоловіка, що цілком відповідає християнській парадигмі і фіксує, явно виражене, несприйняття традиційного юридичного положення римського права (D. 24.2.6). Для переконливості звернемо увагу на правове положення-принцип з фрагменту 62-ї книги Дигест Юліана, що увійшов в Дигест Юстиніана: Дружини осіб, які потрапили під владу ворога, можуть розглядатися як такі, що займають становище одружених тому, що вони не можуть своєвільно вийти заміж за інших (других) (D. 24.2.6).

Натомість у контексті християнської правової доктрини було розроблено регулятивно-правовий механізм, основна ідея якого полягає в тому, що полон не був безпосередньою підставою для безпроблемного розлучення і повторного шлюбу, оскільки, факт полону, очевидно, не позбавляв, а лише призупиняв наявність статусу свободи та громадянства, а новий статус, який являв собою передумовою законного шлюбу – належність до спільноти християнської Церкви (Eccl.2.1), не втрачався за будь-яких об'єктивних, зовнішніх обставин.

Таким чином, творці *Vasilicorum libri* намагались зберегти юридичне положення Юстиніана, яке у таких обставинах ускладнювало розлучення та вступ у другий шлюб (Nov. 22.6 = Bas. с. 224–225)¹³.

Перейшовши до **третьої частини** дослідження, слід зазначити, що безпосередніми джерелами про другий шлюб Василік (Bas, с. 319–321) є правові положення з 22-ї та 23-ї титулів 22-ї новели Юстиніана, відображені в 14 титулу 28 книги *Vasilicorum libri*, в яких йдеться про регулятивно-правовий механізм проблематики повторного шлюбу без конкретизації причин припинення першого. Отже, користуючись попередніми знаннями з питань повторних шлюбів, слід зауважити, що такі положення передусім застерігають суб'єктів волевиявлення щодо вступу у повторний шлюб від порушення чинного законодавства та передбачають визначені законодавцем форми юридичної відповідальності. При дослідженні вказаного тексту виникла необхідність виділити в ньому окремі смислові частини, поєднавши, таким чином, процес відтворення/перекладу з елементарним методом ідентифікації відповідних правових положень Василік на юридичній основі 22-ї новели Юстиніана (Nov. 22.22).

Отже, в першому положенні *про другий шлюб* йдеться про таке.

1. Коли особа незадоволена першим шлюбом, то може знову одружитись, якщо немає жодного заперечення до другого шлюбу (у зв'язку з цим) вказаний та інші випадки необхідно забезпечити охороною права (а саме): а) де є проблеми з другим шлюбом, б) або немає дітей при вступі в другий шлюб, в) або є деякі питання до першого; г) або там, де є проблема з другим, д) або там, де є діти з обох шлюбів; ж) або, де їх немає. Тому, коли у першому чи в обох шлюбах немає дітей або батьки бездітні, то штрафи відсутні при вступі у другий шлюб. Чоловік, при цьому, цілком вільний від дотримання наступного правила, а дружина зобов'язана чекати тільки рік, після закінчення якого може вийти заміж знову. Якщо (вона) вступає у шлюб до закінчення цього терміну, то підлягає покаранню і це покарання має бути більш суворим, коли у неї є діти від першого шлюбу, ніж коли їх немає;

2. Коли жінка не має дітей, то за поспішність вступу у другий шлюб, скорочуючи термін (вступу) до іншого шлюбу, вона підлягає *infamia*: а) не отримуючи ні *donatio ante nuptias*, ні того, що передбачалось їй після першого чоловіка, вона не може другому чоловікові дати понад третину свого майна; б) не може отримати подарунки від іншої особи, адже всі ці речі повинні переходити до спадкоємців померлого або її співспадкоємців, де вона називається правонаступником при відсутності інших спадкоємців; в) якщо призначені в заповіті й інші спадкоємці або (ті, що) мають право на спадщину, то вони не повинні його вимагати, а усе, що може прийти до неї з будь-яких джерел, належить їм, а казна не повинна нічого вимагати; г) все, що залишилося від її першого чоловіка, повинно, за таких обставин, перейти до осіб, пов'язаних з нею правонаступництвом та перерахованих в наказі (імператора): тобто, по висхідній, низхідній і боковим (лініям) до другого ступеня та інших ступенів, у їх звичайному порядку. У разі відсутності жодного з них майно потрапляє в казну; д) жінка не матиме права на майно власних родичів далі, ніж до третього ступеня, які можуть померти, не залишивши заповіту, а їх спадкоємцями стануть інші родичі вказаних ступенів (Nov.118; 127)¹³;

3. Імператор указує, що від одного із штрафів, накладених на таку жінку, а саме *безчестя*, вона може бути звільнена за імператорським листом, якщо не має дітей від першого шлюбу. Якщо жінка має дітей, то може звернутися до імператора, щоб звільнитись від ганьби, але вона не має ніякої (майнової) користі від рескрипту (імператора).

а) коли вона бажає скористатися повним ефектом імператорського помилювання і звільняється від інших покарань, то повинна подарувати дітям від першого шлюбу абсолютно і без будь-яких умов половину свого майна, не маючи можливості зберегти (право на) узурфрукт;

б) це стосується всього майна, коли вона вийшла другий раз заміж, половина з якого (як ми вже говорили) повинна бути передана дітям від першого шлюбу;

4. а) у цьому випадку діти повинні розділити порівну між собою зазначене майно і, якщо вони мають потомство, (то) вони будуть (майно) передавати їм (*це потрібно додати*, зауважує імператор, *за стародавніми законами*); б) але якщо дітей немає або дитина померла, то її право на частку майна переходить до її братів; а якщо всі вони померли, то мати має право на майно як втіху в її нещасті; в) і це положення, коли діти помирають, не залишивши заповіту (на майно), якого мати колись була позбавлена, ми забороняємо (*констатує імператор*) заповідати його (відповідно до її) волі; г) або, якщо діти вижили (досягнувши повноліття), то в будь-якому разі при бажанні можуть його відчужувати. Жінки, *ще раз наголошує* імператор, котрі вступають у шлюб, перш ніж їх рік жалоби закінчився, повинні нести ці штрафні санкції.

Новела, що увійшла в Basilicorum libri, має комплексний характер: другий шлюб, майнові відносини батьків та дітей, проблеми спадкового права, норма кримінального права. Але домінантою серед усіх галузевих аспектів є положення про другий шлюб (Bas. c. 319–321). Юстиніан, у контексті майнових відносин батьків та дітей в умовах вступу до другого шлюбу та утримування від нього матері цих дітей, стосовно майна померлої дитини, частину з якого, всупереч римській правовій традиції, вона отримувала в якості втіхи в умовах смерті дитини.

У наступних правових положеннях, які потрапили у Василіки з 23 титулу 22 новели Юстиніана, що отримали від дослідників назву: *Коли жінка виходить заміж ще раз після того, як минув рік жалоби* (Nov. 22.23), уточнюється та доповнюється проблематика, що представлена у попередніх положеннях (Bas. 322):

1) якщо вдова дотримається визначеного терміну і після його закінчення не вийде заміж *вдруге*, то тим самим уникне вищезазначених штрафів; а якщо жінка не має дітей, то вона (у разі, якщо дотрималась законного терміну) може без будь-якого ризику вступити у *другий шлюб*;

2) але коли є проблема з першим шлюбом (порушення терміну чи інші), то закон вважає зганыбленими таким чином (як порушницю) її дітей. Натомість на все майно, яке *вона придбала з чоловіком*, вона втрачає усі права, за винятком права на узурфрукт (з такого майна);

3) це правило поширюється також на donatio ante nuptias і всі інші подарунки, даровані її першим чоловіком, ні за його життя, ні відповідно заповіту, або як (власна) спадщина, або відповідно до положень довіри. І, взагалі кажучи, коли жінка позбавляється всіх прав на будь-яке майно від її першого чоловіка, яке вона, можливо, отримала, її діти повинні мати право на нього, а володіння (таким майном) переходить до них від часу, коли їх мати одружилась з іншим чоловіком;

4) цей штраф накладається і на чоловіка, і на дружину, бо якщо у чоловіка є діти і він одружується знову, то не може користуватися перевагою за рахунок його прибутку при другому шлюбу, тому що він отримує інше майно з цього джерела, до якого його право є безперечним. Він може використовувати і бути задоволений тим, що придбав у першому шлюбі, поки залишається один, а його діти, які можуть бути під його контролем, набувають право власності на зазначене майно в момент, коли він вступив у другий шлюб. Ми не робимо різниці між приданим та передшлюбним даром довірливих сторін чи коли інші особи дали це в їхніх інтересах; або ж члени їх власної сім'ї, або сторонні надали його (шлюбне майно)¹³.

Таким чином, творці Basilicorum libri намагались максимально використати правові положення інституту розлучення, які були передумовою законного secunda nuptial. Але це, все ж таки, був вибір, а не юридично-технічне відтворення усього об'єму правових норм 22, 117 та 134 новел Юстиніана, коли на юридичній основі правових норм Юстиніана була сформована правова концепція повторного шлюбу Basilicorum libri. Кожне з таких положень мало свою специфіку і формувалось в контексті християнських цінностей та матеріальних інтересів суб'єктів шлюбу. Головною проблемою повторного шлюбу було дотримання відповідних процедур при розлученні чи припиненні першого, а основна мета творців Василік, як і їх попередників з часів християнізації римського права, Юстиніана та Лева III полягала в захисті свободи особи, як в контексті особистих, так і майнових відносин, на аксіологічній основі християнських цінностей. Однак, як засвідчило наступне законодавство, передусім Новели імператора Лева Філософа та його ж Прохірон, питання свободи і відповідальності в напрямі формування самоцінності особи, не були вичерпними від Corpus juris civilis Юстиніана до Basilicorum libri як «грецького Юстиніана».

¹ Mortreuil, J.-A.-B. Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'Empire d'Orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453. Tome troisième. Paris: E. Guibert; Gustave Thorel, 1846. 508 p.

² Азаревич Д.И. История византийского права. Ярославль: Тип. Г.В. Фалька, 1877. Т. II. 176 с.

³ Бенеманский М. 'О ПРОХЕИРОС НОМОС императора Василия Македонянина. Его происхождение, характеристика и значение в церковном праве. Вып. I. Сергеев Посад, Типография Св.-Гр. Сергеевой Лавры, 1906. 556 с. С. 177–183.

⁴ Pringsheim F. Zum plan einer neuen Ausgabe der Basilicen. Berlin, Akademie – Verlag, 1956.

⁵ Каждан А.П. Василіки как исторический источник *Византийский временник*. Москва: Изд-во Академии наук СССР, 1958. Т. 14. С. 56–66.

⁶ Сюзюмов М.Я. Василіки как источник для внутренней истории Византии. *Византийский временник*. Москва: Наука, 1958. Т. 14. С. 67–75.

⁷ Липшиц Е.Э. Несколько замечаний о Василіках как источнике. *Византийский временник*. Москва: Наука, 1958. Т. 14. С. 76–80.

⁸ Липшиц Е.Э. Законодательство и юриспруденция в Византии в IX–XI вв. Ленинград: Наука. Ленинградское отделение, 1981. 246 с.

⁹ Медведев И.П. К завершению нового издания Василик. *Византийский временник*. Москва: Наука, 1991. Т. 52. С. 273–275.

¹⁰ Медведев И.П. Правовая культура Византийской империи. Санкт-Петербург: Алетейя, 2001. 576 с.

¹¹ Сильвестрова Е.В. «Василики». *Православная энциклопедия*. Т. 7. С. 220–222. URL: <http://www.pravenc.ru/text/149783.html>

¹² *Basilicorum libri LX*: Series A. Groningen. 1953–1988. Vol. I–VIII; ediderunt H.J. Scheltema et N. van der Wal

¹³ *Basilicorum libri LX*. Post Annibalis Fabroti curas ope codd. mss. a Gustavo Ernsto Heimbachio, alisque collationum integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit Carolus Guilielmus Ernestus Heimbach. Т. III. Lib. XXVI–XXXVIII continens. Lipsia, 1843. 786 p. P. 217, 218, 219, 220, 221, 223, 235, 236, 322.

¹⁴ *The Novels of Justinian*. Translated by Samuel P. Scott. Cincinnati, 1932.

¹⁵ Соколов И.И. Византологическая традиция в Санкт-Петербургской Духовной академии. Печалование патриархов перед василевсами в Византии IX – XV вв. Патриарший суд над убийцами в Византии X – XV вв. О поводах к разводу в Византии IX–XV вв. / послесл. А.А. Маркидонова. Санкт-Петербург: Изд-во Олега Абышко, 2005. 320 с. С. 159, 160.

¹⁶ Покровский И.А. История римского права. Минск: Харвест, 2002. 528 с. С. 443–444.

Резюме

Дячук Л.В. Basilicorum libri: secundae nuptiae.

У статті досліджуються проблема повторних шлюбів у *Basilicorum libri* (імператорських книгах) на ціннісній основі християнських ідей. Основними правовими джерелами монументального збірника – *Basilicorum libri* Македонської династії, були правові норми законодавства імператора Юстиніана: Дигест, Кодекс, Інституції і Новели (передусім у контексті теми повторних шлюбів). Важливу роль в процесі врегулювання проблеми відіграла офіційно заборонена Еклога імператора Василя III, правові ідеї якої активно застосовувались наступними імператорами.

Ключові слова: шлюб та повторні шлюби, Візантія, імператорські книги, християнські цінності, патріарх Фотій, імператор Василій I.

Резюме

Дячук Л.В. Basilicorum libri: secundae nuptiae.

В статье исследуется проблема повторительных браков в *Basilicorum libri* на ценностной основе христианских идей. Основными юридическими источниками монументального сборника Македонской династии – *Basilicorum libri* были правовые нормы законодательства императора Юстиниана: Дигест, Кодекс, Институции и Новеллы (прежде всего, в контексте темы повторных браков). Важную роль в процессе урегулирования проблемы сыграла официально запрещенная Эклога императора Василия III, правовые идеи которой активно применялись следующими императорами.

Ключевые слова: брак и повторные браки, Византия, императорские книги, христианские ценности, патриарх Фотий, император Василий I.

Summary

Leontiy Diachuk. Basilicorum libri: secundae nuptiae.

The problem of remarriage existed both in ancient Greece and in the archaic period of the history of Roman law. In the context of Roman life, the problem was that divorce and remarriage created a number of inconveniences of a material and personal nature. Therefore, in those days marriage could be terminated mainly in two cases, physical death and civil death, i.e. the loss of the freely born Roman status of freedom and citizenship, leading to the loss of marital status. However, a number of remarriages is mostly related to the period of the Principate. For the first time in Roman law, the first Princeps-Emperor Gaius Julius Caesar Octavius Augustus, *pater patriae*, struggled against it. The Greco-Roman emperors, the rulers of the *antejustiniani* era, also struggled against remarriages, carrying the struggle out in accordance with the Christian values. The jurists of Emperor Justinian researched and summarized the previous legal experience of the struggle against remarriages in the four parts of the collection of the *Corpus Juris Civilis. Novellae Constitutiones* of Emperor Justinian take a special place in the process of legal settlement of remarriages.

Thus, Paul's and Ulpian's fragments (the classical period), the constitutions of the emperors of 4th–5th centuries (the postclassical period or antejustiniani stage of the early Byzantine period) and the famous *Novellae Constitutiones* of the Byzantine codifier Justinian formed the system of remarriage and pertained to its *Corpus Juris Civilis*. In spite of important changes towards the Christianization of the norms of the institution, their compilers were not always guided by Christian doctrine and the norms of canon law. In fact, one of the most fundamental issues, the legality of numerous remarriages, remained open and was resolved only in the *Ecloga* of Emperor Leo III and in the *Procheiros nomos* and the Novels of Emperor Leo VI. However, the provision on remarriage in the legislation of Justinian became the source of the relevant norms on the second marriage legislation of the emperors of the Isaurian and Macedonian dynasties. Since these regulations of Justinian, compared to many others, generally corresponded to Christian legal principles, they entered into the legislation of the Macedonian dynasty and did not undergo radical changes, they only were supplemented in the appropriate forms of *Ecloga* and *Procheiros*, and due to legal norms of *Basilicorum*, they became the object for the reception of Byzantine law among the peoples and states of Christendom.

Key words: marriage and remarriages, Byzantium, emperors' books, Christian values, Patriarch Photios, Emperor Basil I.

Т.П. ПОПОВИЧ

*Терезія Петрівна Попович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент ДВНЗ «Ужгородський національний університет»**

ORCID: 0000-0002-8333-3921

ЮРИДИЧНИЙ ОБОВ'ЯЗОК ЯК ПРАВОВА ЦІННІСТЬ

Постановка проблеми. Проблематика цінностей та ціннісних орієнтацій є однією з пріоритетних у сучасних суспільно-гуманітарних дослідженнях у зв'язку з глобалізаційними тенденціями, прагненням до універсалізації статусу людини, що сприяє формуванню нового образу людини майбутнього. Подібні напрями наукових пошуків захоплюють значною мірою й правову сферу. Актуальність дослідження юридичного обов'язку як правової цінності пов'язується передусім концептуальним зрізом розуміння сучасною правовою наукою сфери права як сфери правових цінностей, де кожне правове явище сприймається насамперед в його оцінці особою та суспільством у цілому. Вказане підтверджується наявними науковими розвідками проблем юридичних обов'язків та правових цінностей. Що стосується юридичного обов'язку, то звернення дослідників до даної проблематики можливо пояснити досить довгим «забуттям» цього правового феномена та намаганням по-новому поглянути на його значимість для людини. Як слушно вказує з цього приводу Ю.В. Барзілова, на початку розвитку людської цивілізації поняття «право», «обов'язок», «відповідальність» не розрізнялись, а були злиті воедино. Згодом останні почали диференціюватися, проте все ж розвивались паралельно, тісно взаємодіючи між собою. Дослідниця також зауважує, що сфера обов'язків у контексті історичного розвитку переважно перебувала в «тіні» прав, тобто сприймалась як «другорядна». При цьому розуміння єдності прав та обов'язків залишалось¹. Подібну позицію підтверджує Р.Р. Карімова, зазначаючи, що сучасне правове існування обов'язків здійснило відрив від їх внутрішнього ціннісного субстрату, залишивши лише зовнішню оболонку повинності. Право лише легітимізує внутрішні обов'язки людини, «відриває» їх від її внутрішнього статусу, огортає в форму імперативності і повертає людині, позбавляючи її еквівалентної взаємодії з державою, перетворюючи людину із суб'єкта права на його об'єкт. Так руйнується внутрішній, вольовий характер самозобов'язування та виникає протидія юридичним обов'язкам². Сучасна людина західної цивілізації надає значну увагу своїм правам та свободам, завдяки чому останні сприймаються в якості цінності, натомість значимість обов'язків практично нівелюється. Науковці ж цілком виправдано наголошують на тому, що права не можуть ефективно реалізовуватися без обов'язків. Лише в гармонійному поєднанні обох явищ можливий прогресивний розвиток суспільства та держави.

Стан наукового дослідження. Категорія обов'язку як філософське поняття отримує своє підґрунтя у працях таких мислителів, як: Цицерон, Г. Гроцій, Б. Спіноза, С. Пуфендорф, І. Кант, Ж.-Ж. Руссо, Ш.-Л. Монтеск'є тощо. Юридичний обов'язок на теоретико-правовому рівні досліджувався Ю.В. Барзіловою, Н. Герваген, Т.С. Грачовим, Б.С. Ебзеєвим, Р.Р. Карімовою, О.П. Карманюком, І.В. Коршуновою, О.О. Рудаковим, Ю.Г. Ткаченком, О.М. Хохловою, О.П. Черновол, Е.А. Юнусовим, І.Р. Юрчак та іншими вченими-науковцями.

Що ж до категорії правова цінність, то вона також, як і обов'язок, має свої філософські підстави обґрунтування й розуміння. Так, перші ґрунтовні розробки цінностей можемо спостерігати у спадщині представників неокантіанської філософської школи (Г. Ріккерт, В. Віндельбанд, Г. Радбрух та інші), а в подальшому – Р.Г. Апресяна, Н. Гартмана, А.А. Гусейнова, М. Лосського, В. Малахова, Т. Парсонса, М. Шелера та інших. Поряд із тим у юридичному сенсі категорію правових цінностей у різних контекстах досліджували О.М. Бабенко, М.С. Балаянц, К.В. Горобець, О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань, К.А. Жебровська, А.О. Маргушина, С.В. Михайлов, Н. Неновська та інші. Попри вищезазначене, аналіз стану наукових розвідок щодо окресленої проблематики свідчить про те, що вчені лише опосередковано зачіпали подібну сутнісну характеристику феномена юридичного обов'язку.

Формулювання мети статті. Мета нашого дослідження полягає у спробі обґрунтувати особливості юридичного обов'язку як самостійної правової цінності. Досягнення даної мети передбачає розв'язання, принаймні, таких завдань, як: 1) з'ясування розуміння правових цінностей та юридичного обов'язку, які використовує правова наука; 2) доведення можливості визнання юридичного обов'язку в якості правової цінності; 3) формулювання поняття юридичного обов'язку як правової цінності.

Виклад основного матеріалу. В філософії права має місце окремий розділ – аксіологія права – предметом дослідження якого постають правові цінності. Як зазначає О.О. Бандура, аксіологія права займається вивченням ціннісного аспекту права, а також досліджує ціннісні аспекти юридичної науки та освіти³.

У правовій науці розмежовуються поняття «правові цінності» та «цінності права». Таке розуміння відповідає підходу щодо виокремлення аксіологією права цінностей-цілей та цінностей-засобів. З точки зору

І. Вороніної, правові цінності є такі цінності, які розкривають власну значимість права (суб'єктивне право, юридичний обов'язок, законність, юридична відповідальність, правовий статус). У свою чергу, цінності права є різноманітні матеріальні та нематеріальні блага, які забезпечуються правом (життя, свобода, власність тощо)⁴. Отже, серед правових цінностей дослідницею названо юридичний обов'язок, який, поряд з іншими, визначає значимість права як такого.

В основу ж обґрунтування права як цінності В. Рожковський ставить той фактор, чи сприяє право самореалізації людини, породжує нові можливості для розвитку людини та суспільства. Відтак, правові цінності призначені для створення, підтримки та зміцнення соціального порядку й дисципліни, нормального функціонування суспільства⁵. Юридичний обов'язок, варто зауважити, й постає одним із засобів забезпечення порядку й дисципліни в суспільстві.

На думку Х. Габаковської, право як ціннісне за своєю природою утворення являє собою певну систему «належного бути» як систему загальнообов'язкових, семантично орієнтованих ідеальних утворень – норм соціальності й комунікації людей. Дослідниця стверджує, що в основі розуміння сутності права лежить специфічна форма організації людиною свого буття як світу цінностей, джерела якого мають антропологічний характер і пов'язані з такими феноменами, як справедливість, обов'язок, відповідальність. Спочатку такий світ цінностей утілювався у системі звичаїв і моралі, тоді як з виникненням державності вказані норми набувають форми жорстко фіксованих («повинно бути так і не інакше») законів чи правових норм⁶. Виходячи з таких позицій, категорія юридичного обов'язку цілком логічно адаптується під явище правових цінностей і стає одним із способів їх втілення.

На сьогодні мають місце різноманітні підходи до тлумачення сутності права: неонормативістська, комунікативна, лібертарна, антропологічна, ціннісно-нормативна. Відповідно до ціннісно-нормативного підходу, як зазначає К.В. Горобець, право являє собою таку систему, що історично склалась, морально обґрунтована й релігійно вивірена, легалізована та ціннісно-нормативна, яка розрахована на всезагальне визнання та відповідну поведінку людей, організацій, соціальних спільнот тощо. При цьому дослідник також додає, що, попри різні підходи до пояснення сутності права, визнання його ціннісних основ можна сприймати як універсальну ідею всіх існуючих концепцій праворозуміння, що дає змогу співіснувати їм усім у рамках єдиної парадигми, яку автор пропонує називати ціннісно-плюралістичною парадигмою юриспруденції⁷. У розрізі зазначеного варто уваги є позиція К.А. Жебровської, яка в рамках дисертаційного дослідження аналізує два основні напрями пояснення змісту правових цінностей:

1) універсалізм; даний підхід ґрунтується на визнанні біологічного (а не культурного) фактору людини як такого, що визначає її природу; завдяки цьому має місце переконання, що, оскільки природа людини не залежить від культурних факторів, то й правові цінності єдині для всіх, тобто мають універсальний характер; своє закріплення такий підхід отримав у фундаментальних міжнародних документах та регіональних стандартах з прав людини;

2) релятивізм; постає протилежною позицією до універсалізму й виходить з того, що природа людини визначається передусім культурними факторами, а тому залежить від суспільства, цивілізації тощо, які й формують світоглядні позиції людини; релятивна концепція стоїть на засадах культурного різноманіття й прагнення відстоювати свою ідентичність та унікальність⁸.

У разі сприйняття позиції К.А. Жебровської поняття юридичного обов'язку можна характеризувати водночас як з точки зору універсалізму, так і релятивізму. Так, якщо брати до уваги біологічну (природну) складову людини, то при обґрунтуванні обов'язку можна спиратися на природний моральний закон, що закладений у кожній людині як живій істоті. Даний закон апріорно передбачає виникнення в особі обов'язків щодо інших людей. Це дає нам підстави стверджувати про взаємозалежність прав і обов'язків як явищ, що мають природне походження. Тоді як, соціальність людини як живої істоти сприяє тому, що вона повинна наділятися певним спектром обов'язків з метою підтримання гармонійної взаємодії в суспільстві. Водночас «юридичний» як характеристика специфіки обов'язку вказує на феномен права, який так чи інакше пов'язаний з державою як суспільним інститутом, а отже, є елементом культури (культурна форма співжиття людей у рамках певного суспільства).

У свою чергу, А.М. Бабенко пов'язує виникнення правових цінностей з народженням особи – носія індивідуальних форм свідомості та діяльності, що потребувало регулювання відносин між нею та державою⁹. Дослідник зазначає, що саме держава визначає ієрархію правових цінностей суспільства. Ефективно регулюючи суспільні відносини, ця система відповідає традиційним цінностям культури суспільства, інакше ж виникає руйнування старих та відторгнення нових цінностей, що призводить до ціннісної дезорієнтації громадян¹⁰. Серед іншого цінність права визначається такими його ознаками, як нормативність, загальнообов'язковий характер, забезпечення дотримання правових приписів з боку держави. Цінність права полягає також у тому, що воно забезпечує порядок та організованість в соціумі¹¹. Таким чином, розуміння правових цінностей А.М. Бабенком є позитивістським за своїм характером. Виходячи з такого бачення, і категорія обов'язку виникає лише в результаті формування держави (природне походження обов'язку заперечується), покликання якої полягає у визначенні соціально допустимої поведінки для громадян, яка б забезпечувала цілісність та гармонійність розвитку суспільства.

Вчений-теоретик М.С. Балаєнц у рамках дисертаційної роботи, присвяченої фундаментальним правовим цінностям сучасного суспільства, формулює правові цінності як такі, що переживаються людьми й визначаються культурною формою позитивного ставлення до правової системи суспільства, які обумовлюють вибір поведінки, відповідний цій системі, юридичну оцінку подій, та постають принципами регенерації правового життя. Правові цінності допомагають оцінювати оточуючий особу світ та події з правових позицій, а також обирати й формувати свою правову поведінку, завдяки чому органічно вплітаються в систему норма-

тивного регулювання суспільства. В якості критерію установлення первинних загально значимих цінностей М.С. Балааянц пропонує визначити наступний принцип: «слід турбуватися про такі спільні цінності, здійснення яких необхідне для реальної можливості всіх суб'єктів жити відповідно до своїх орієнтирів»¹². У цьому контексті доречно зазначити, що саме завдяки правовому втіленню обов'язків і можливе забезпечення у суспільстві інтересів усіх його членів, оскільки обов'язок звертає увагу особи на ту поведінку, яка була б корисною для всіх його членів. Таким чином, внаслідок свого нормативного закріплення обов'язок отримує загальну значимість.

Якщо опиратись на положення дисертаційного дослідження С.В. Михайлова, то відповідно до їх змісту правові цінності являють собою, з одного боку, необхідний для досягнення ідеал, який пронизує всі рівні та сфери правових зв'язків і правовідносин, а з іншого – найважливіші та глибинні принципи, які визначають ставлення особи та суспільства до права¹³.

Водночас А.О. Маргушина виходить з позиції поєднуваності й невід'єднуваності правового порядку та правових цінностей. Правові цінності без правового порядку, доходить висновку дослідниця, безцільні, а правовий порядок без правових цінностей – неіснуючий. Це пов'язано з тим, що правова цінність не може вважатися такою формою поведінки, яка не забезпечена можливістю державного примусу¹⁴. Додамо до цього, що кожен юридичний обов'язок забезпечується силою державного примусу за його порушення, в результаті чого настають заходи юридичної відповідальності.

Отже, виходячи з окреслених підходів до розуміння правових цінностей, останні (з метою подальшого обґрунтування юридичного обов'язку як правової цінності) визначимо як ідеальні правові утворення та принципи, що визначають уявлення про значимість права, здійснюють за допомогою права оцінку явищ, які відбуваються у соціумі, формують певну модель правової поведінки особи та які призначені для забезпечення правового порядку в суспільстві. Вони також втілюють сформовані орієнтири й пріоритети та є засобами для досягнення правом своєї мети та поставлених цілей.

Окрім того, правові цінності отримують своє відображення й фіксацію в правосвідомості та правовій культурі суспільства й окремого індивіда, в кінцевому результаті втілюючись в практичній активності членів суспільства¹⁵. Юридичні ж обов'язки, як наголошує Ю.В. Барзілова, це невід'ємний елемент правосвідомості та правової культури суспільства. При цьому залежність юридичних обов'язків і правосвідомості та правової культури прямо пропорційна: чим нижчим є рівень правової свідомості та правової культури суспільства, тим гірше виконуються обов'язки, а отже, порушуються права та інтереси, поширюється правовий нігілізм, послаблюються порядок і дисципліна в державі¹⁶. Таким чином, вважаємо, що дотичність правових цінностей та юридичного обов'язку до правосвідомості та правової культури ще більше пов'язує та поєднує дані категорії (цінностей та обов'язку).

Звертаючись до аналізу окремих позицій вчених, безпосередньо пов'язаних із розкриттям природи юридичного обов'язку, зазначимо, що Є.І. Джумурат його специфікою визначає те, що він постає засобом реалізації інтересів як зобов'язаного, так і правомочного суб'єкта. Обов'язок підлягає виконанню незалежно від усвідомлення та волевиявлення суб'єкта¹⁷. Тут варто зробити одне застереження щодо виконання юридичного обов'язку незалежно від усвідомлення та волевиявлення особи. Цей аспект може мати дві складові. З одного боку, закріплення юридичних обов'язків на нормативному рівні державою де-юре передбачає їх виконання незалежно від того, наскільки особа усвідомлює їх сутність та значення. Проте, з іншого боку, де-факто виконання нормативно визначених державою юридичних обов'язків необхідним чином потребує волевиявлення особи. Іншими словами, те, якою мірою особа виконує покладені на неї державою обов'язки, залежить насамперед від того, чи сприймає вона відповідний обов'язок як певний орієнтир, пріоритет, цінність. Завдяки цьому відкривається прямий шлях до обґрунтування юридичного обов'язку як окремої правової цінності.

На думку ж А.П. Панова, юридичний обов'язок є продиктована реаліями суспільного розвитку державно-доцільна необхідність належної поведінки особи, що закріплена на законодавчому рівні¹⁸. У правовому приписі, зазначає В. Єм, держава в формі повинності виражає соціально обумовлену необхідність певної поведінки суб'єктів¹⁹. При цьому зауважимо, що правові цінності також обумовлюють певну модель поведінки особи в суспільстві через надання їй правової оцінки.

Згідно з позицією Ю.В. Барзілової, юридичний обов'язок є вид і міра державно доцільної, розумної, корисної, об'єктивно обумовленої поведінки. В її основі лежить необхідність певної поведінки, що обумовлена правовими нормами, а сутність юридичного обов'язку полягає в його державно-правовій необхідності²⁰. Варто погодитись із Ю.В. Барзіловою у тому, що без обов'язків правовий статус особи був би хитким і нестійким, який би не відображав необхідної збалансованості інтересів особи, суспільства та держави. Принцип єдності прав та обов'язків зміцнює правове становище особи. Важливо при цьому, щоб виконання обов'язків у суспільстві базувалось не на страху можливого примусу через їх невиконання, а на силі переконаності в справедливості та соціальній доцільності обов'язків, усвідомлення їх об'єктивної необхідності²¹. Із врахуванням того факту, що виконання юридичного обов'язку повинне ґрунтуватися на переконаності особи в його справедливості та соціальній доцільності, також логічним є зв'язок правових цінностей з юридичним обов'язком, виходячи з розуміння правових цінностей як відповідних ідеальних правових утворень та принципів, що слугують формуванню в особи певної моделі правової поведінки.

Сучасна правова наука виходить з постулату про невіддільність та взаємозалежність прав та обов'язків людини та громадянина. Проте все ж варто розуміти їх принципові відмінності. Так, А.С. Шабуров зазначає, що право виникає в умовах відособлення окремого індивіда від общини, роду, становлення його як самостійного та автономного. У свою чергу, обов'язок визначається не характером окремої особи, але соціального цілого, як засіб його збереження та розвитку²². Отже, якщо брати до уваги ті аспекти природи обов'язку, метою яких є підтримання належного рівня розвитку та ефективного функціонування соціуму, то він постає

однією з фундаментальних правових цінностей, адже показує значимість ролі індивіда в суспільстві, соціальну природу людини.

Відповідно до класичної концепції природного права, обґрунтованої мислителями Нового часу, єдиною підставою виникнення природних прав людини є факт існування самої людини, у той же час як з обов'язком ситуація складніша. Тут умовою буття обов'язку виступають усвідомлена воля та інтереси колективного цілого, соціуму, які відповідний обов'язок і буде виражати, а також механізм примусу, який би забезпечував виконання такого обов'язку. Тому функціонування природних прав людини, на думку А.П. Панова, має об'єктивні підстави, тоді як функціонування «природних» обов'язків неможливе. Характер останніх завжди обумовлений інтересами й установками колективу чи суспільства, частиною якого є індивід²³.

Водночас Т.А. Француз-Яковець акцентує увагу на тому, що зв'язок між правами і свободами, з одного боку, та обов'язками, з іншого – зумовлюється тим, що будь-які правовідносини, які виникають між окремими особами як членами суспільства, а також між особою і державою, завжди мають двосторонній характер. Тому, якщо один із суб'єктів зазначених правовідносин отримує певне право щодо іншого, то й інший суб'єкт разом з обов'язком, що кореспондує цьому праву, отримує відповідне право²⁴. На підставі такого підходу напрошується висновок, згідно з яким якщо право (в його природному сенсі) виражає біологічну природу людини, то обов'язок – соціальну природу. Завдяки цьому й можливо говорити про необхідність гармонійного поєднання біологічного та соціального чинника в людині, а з точки зору права, – її прав та обов'язків у суспільстві.

Разом з тим у правовій літературі (Р.Р. Карімова, Е.А. Юнусов) має місце позиція, що природна сутність обов'язку впливає зі справедливості як його фундаменту. Більше того, природні обов'язки в кожному конкретному суспільстві такі, якими є критерії справедливості, що визначають їх зміст²⁵. З точки зору Р.Р. Карімової, справедливість у цьому сенсі постає внутрішньо усвідомленим стимулом до самозобов'язування²⁶. Цікаво, що окрім засади справедливості, з якої впливає усвідомлення юридичного обов'язку в його природно-правовому розумінні, дослідниця також інтерпретує обов'язок як необхідний елемент свободи людини, що виконує функції узгодження, збереження, спрямування індивідуальної свободи. В обов'язку одночасно сконцентровані цінності, інтереси та свободи суб'єкта соціуму²⁷.

У цілому ж слід зазначити, що питання стосовно природного чи соціального трактування походження обов'язку залишається дискусійним у науковій літературі. Відповідь на нього, безсумнівно, потребує окремого більш ґрунтовного аналізу, який буде здійснено нами в подальших дослідженнях, адже вона, окрім іншого, безпосередньо впливає й на формування позиції щодо особливостей природи юридичного обов'язку як самостійної правової цінності.

Висновки. Отже, в ході проведеного дослідження ми сформулювали поняття правових цінностей як ідеальних правових утворень та принципів, що визначають уявлення особи про значимість права, оцінку явищ, які відбуваються в суспільстві, з допомогою права, формують певну модель поведінки особи, та які призначені для забезпечення правового порядку й дисципліни в суспільстві. Враховуючи вказане розуміння правових цінностей, а також позиції сучасної правової науки щодо сутності юридичного обов'язку, визначимо поняття юридичного обов'язку як правової цінності: це правовий припис, що формулюється державою як необхідна для забезпечення правопорядку модель поведінки особи, встановлюється з метою підтримання належного функціонування суспільства як колективного цілого й забезпечення інтересів усіх його членів і виконується на основі сприйняття відповідної поведінки як справедливої та соціально доцільної. Обґрунтування юридичного обов'язку як правової цінності можливе завдяки: 1) сприйняттю особою відповідної поведінки як необхідної, справедливої, соціально допустимої, що виражає суспільно значимий орієнтир; 2) формулюванню державою за допомогою правової норми суспільно значимої поведінки; 3) реалізації завдяки такій поведінці соціальної природи людини як частини колективного цілого; 4) утіленню принципу взаємозалежності та взаємодоповнюваності прав і обов'язків особи.

¹ Барзилова Ю.В. К вопросу об истории развития института юридических обязанностей. *Известия Саратовского ун-та. Экономика, управление, право.* 2007. Вып. 2. С. 58.

² Каримова Р.Р. Юридические обязанности: сущность и проблемы реализации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 2008. С. 6–7.

³ Бандура О.О. Аксиология права как складовая философии права. *Філософські та методологічні проблеми права.* 2015. № 1–2. С. 46.

⁴ Вороніна І. Правові цінності в системі соціально-політичного управління суспільством. *Национальный юридический журнал: теория и практика.* 2016. № 2. С. 6.

⁵ Рожковский В. Право как ценность и правовые ценности. *Thesaurus.* 2017. Вып. 4. С. 238–239.

⁶ Габаковська Х. Аксиологічна природа права: теоретико-пізнавальний підхід. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки.* 2017. № 865. С. 69–70.

⁷ Горобець К.В. Универсализм правовых ценностей. *Актуальні проблеми держави і права.* 2011. Вып. 61. С. 325–326.

⁸ Жебровська К.А. Правові цінності у взаємодії правових систем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Одеса, 2017. С. 8–9.

⁹ Бабенко А.Н. Правовые ценности и освоение их личности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2002. С. 3.

¹⁰ Там само. С. 14.

¹¹ Там само. С. 21.

¹² Балаянц М.С. Фундаментальные правовые ценности современного общества: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2007. С. 15–16.

¹³ Михайлов С.В. Правовые ценности: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Волгоград, 2011. С. 15–16.

- ¹⁴ Маргушина А.А. Правовой порядок и правовые ценности: институционально-правовой анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Краснодар, 2013. С. 18.
- ¹⁵ Там само. С. 21.
- ¹⁶ Барзилова Ю.В. Юридические обязанности как элемент правового статуса личности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Саратов, 2006. С. 22.
- ¹⁷ Джумурат Е.И. Забезпечення виконання конституційних обов'язків людини і громадянина у сфері місцевого самоврядування в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2011. С. 17.
- ¹⁸ Панов А.П. Система конституционных обязанностей граждан Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Саратов, 2008. С. 10.
- ¹⁹ Ем В. Категории обязанности в советском гражданском праве: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 1981. С. 9–10.
- ²⁰ Барзилова Ю.В. Вказана праця. С. 18–19.
- ²¹ Там само. С. 15–16.
- ²² Шабуров А.С. Обязанности человека в рамках концепции прав человека. *Вестник Тюменского гос. ун-та. Право*. 2012. № 3. С. 199.
- ²³ Панов А.П. Естественные обязанности человека: миф или реальность? *Известия Саратовского ун-та. Экономика, управление, право*. 2012. Вып. 1. С. 122.
- ²⁴ Француз-Яковець Т.А. Забезпечення конституційно-правового статусу людини і громадянина в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Одеса, 2007. С. 12.
- ²⁵ Юнусов Э.А. Правовые обязанности человека и гражданина (вопросы теории): автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.01. Москва, 2008. С. 17–18.
- ²⁶ Каримова Р.Р. Юридические обязанности: сущность и проблемы реализации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 2008. С. 8.
- ²⁷ Там само.

Резюме

Попович Т.П. Юридичний обов'язок як правова цінність.

У статті розкриваються окремі аспекти розуміння правових цінностей та юридичних обов'язків у сучасній правовій науці. Автор доводить можливість визнання юридичного обов'язку в якості правової цінності й формулює відповідне поняття. Пропонується авторський підхід до обґрунтування юридичного обов'язку як правової цінності завдяки наступним факторам: сприйняттю особою відповідної поведінки як необхідної, справедливої, соціально допустимої, що виражає суспільно значимий орієнтир; формулюванню державою за допомогою правової норми суспільно значимої поведінки; реалізації внаслідок такої поведінки соціальної природи людини як частини колективного цілого; утіленню принципу взаємозалежності та взаємодоповнюваності прав і обов'язків особи.

Ключові слова: обов'язок, юридичний обов'язок, правова цінність, цінності права, права людини, правовий порядок.

Резюме

Попович Т.П. Юридическая обязанность как правовая ценность.

В статье раскрываются отдельные аспекты понимания правовых ценностей и юридических обязанностей в современной правовой науке. Автор доказывает возможность восприятия юридической обязанности в качестве правовой ценности и формулирует соответствующее понятие. Предлагается авторский подход к обоснованию юридической обязанности как правовой ценности благодаря следующим факторам: восприятию лицом соответствующего поведения как необходимого, справедливого, социально допустимого, такого, что выражает общественно значимый ориентир; формулировке государством с помощью правовой нормы общественно значимого поведения; реализации в результате такого поведения социальной природы человека, как части коллективного целого; воплощению принципа взаимозависимости и взаимодополняемости прав и обязанностей человека.

Ключевые слова: обязанность, юридическая обязанность, правовая ценность, ценности права, права человека, правовой порядок.

Summary

Tereziia Popovych. Legal obligation as the legal value.

The article describes some aspects of understanding legal values and legal obligations in modern legal science.

To achieve the goal of the study, the author envisaged the performing such tasks as: clarifying the understanding of legal values and legal obligations used by legal science; proving the possibility of recognizing a legal obligation as a legal value; formulation of the concept of legal obligation as a legal value.

The author traces the interrelation between legal values and the legal order, emphasizing that without legal values, the rule of law is ineffective, in turn, – legal values outside the legal order have no practical content.

Based on this, the author proposes his own definition of the concept of legal values as ideal legal entities and principles that determine a person's perception of the importance of law, assessment of phenomena occurring in society through law, form a certain model of legal person's behavior and are designed to ensure legal order and discipline in society.

Given this understanding of legal values, as well as the position of modern legal science on the essence of legal obligation, the author defines the concept of legal obligation as a legal value: this is a legal prescription which is formulated by the state as necessary to ensure law and order model of individual behavior, established in order to maintain the proper functioning of society as a collective whole and to ensure the interests of all its members, and fulfilled on the basis of the perception of certain behavior as fair and socially appropriate. The author's approach to the justification of a legal obligation as a legal value is proposed due to the following factors: the person's perception of the relevant behavior as necessary, fair, socially acceptable, which expresses a socially significant benchmark; the formulation by the state through the legal norm the socially significant behavior; realization through such behavior the human social nature as a part of the collective whole; the implementation of the principle of interdependence and complementarity of the rights and obligations of the individual.

Key words: obligation, legal obligation, legal value, values of law, human rights, legal order

Л.С. ПРОТОСАВІЦЬКА

*Людмила Степанівна Протосавіцька, кандидат історичних наук, доцент Національного університету біоресурсів і природокористування України**
ORCID: 0000-0001-7131-3379

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕННЯ ЦІННОСТЕЙ

Постановка проблеми. Сьогодні дискусії навколо проблеми цінностей досягають чергового піку. Варто вказати, що головні причини актуалізації даної проблематики виходять далеко за межі філософського простору. Цінності давно перестали бути предметом дослідження лише філософії, оскільки з даною категорією пов'язані майже всі сфери людського буття – політика, культура, право тощо.

Порушуючи питання цінностей, варто розпочати зі слів В. Франкла: «Людина вільна бути відповідальною і вона відповідальна за реалізацію сенсу свого життя, логосу свого буття... Людину цікавить передусім не реалізація її «Я», але реалізація цінностей та змістових можливостей, які слід шукати в оточуючому світі, ніж всередині самого себе». Франкл аналізує людину, оцінив її трагедію та велич. Він вказував, що людина покликана творити, а не руйнувати власне життя. Вона надає сенс власному існуванню¹.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання цінностей існує з давніх часів. Так, у давньоіндійській філософії цінностями були не ті блага, що дозволяють отримати владу, а ті блага, які дають людині владу над її внутрішнім буттям. Цінність в східній традиції Дао – це та цінність, яка надає сенс буттю, дозволяє використовувати речі для блага. У Стародавній Греції питання цінностей вперше підняв Платон. Розмірковуючи над питанням світобудови, Платон поділив світ на світ ідей та світ речей. Він вважав, що ці два світи не тотожні: оскільки ідеї є ідеальними, то порівняно з речами вони мають більшу цінність. Саме Платон зробив першу класифікацію цінностей, які він називав благами. Всі «блага-цінності» він поділив на «добре», «прекрасне», «істине». Інший вчений Арістотель подав свою класифікацію цінностей, поділивши їх на «цінне» та «поцінюване». Так, всі блага Арістотель поділив на: «цінні» – добродієність, розум, душа; «валіми» – добродієність, дії, що виключають похвалу; «можливі» – сила, краса, влада, багатство. В період середньовіччя відбувається переоцінка цінностей. Вони набувають рис християнської моралі. У часи Прорісвітництва було зроблено спробу знайти об'єктивні критерії для визначення правильності чи хибності дій у досягненні певної мети.

Особливо гостро питання цінностей піднімалося німецькими вченими Кантом та Гегелем. Кант вважав, що характер цінностей обумовлений цілями, яким вони служать. Так, цілі можуть бути об'єктивними та суб'єктивними, а цінності, відповідно, відносними та абсолютними. Він вказував, що речі, які співвідносяться з суб'єктивними цілями, характеризуються як відносні цінності – «цінності для нас». Крім того, існують речі, існування яких є ціллю само по собі – це особи як розумні істоти, їхнє існування ніколи не стане засобом для досягнення тієї чи іншої цілі. Отже, це і є абсолютна цінність. Таким чином, найвища цінність та прояв благ у Канта – це свобода, яка утверджує абсолютну цінність людини².

У сучасній вітчизняній науці проблематикою цінностей та їх дослідженням займаються такі видатні вчені, як Є.М. Причепій, Т.В. Бутківська, С.Ш. Аваліані, Є.Р. Борінштейн, А.А. Кавалеров, О.В. Радченко, А.Г. Карась, О.Б. Петінова, П. Рабінович, О.О. Бандура, К.В. Горобець та ряд інших.

За оцінками Р. Лаутмана, у соціальній науковій літературі є понад чотири тисячі назв праць, у яких автори звертаються до поняття «цінності»³. Кожен із дослідників звертається до різних аспектів цієї проблематики.

Мета статті полягає в дослідженні поняття цінностей та з'ясуванні їх місця і ролі для розвитку індивіда, соціуму та держави.

Виклад основного матеріалу. В сучасній науці є чимало підходів у тлумаченні цінностей. Так, цінності розглядають: по-перше, як ідеал, до якого прагне людина; по-друге, як норма, якої необхідно дотримуватися; по-третє, як предмет, який має певну вартість, користь і який здатний задовольнити ті чи інші потреби людини; по-четверте, як значущість чого-небудь як для окремої особистості, так і для цілої групи.

Дослідник Шаргородський стверджує, що в будь-якому суспільстві кожна соціальна група створює характерні для неї специфічні та загальні ціннісні системи, які виражають їхні інтереси та цілі. Людина є членом суспільства, в якому діють норми, системи, цінності як критерії належної поведінки. З огляду на це проблема цінностей у практичній площині постає як пошук шляхів та найбільш ефективних методів перетворення цінностей суспільства та нації в ціннісні орієнтації окремого індивіда, особистості – носія культурного національного коду.

Цінності є важливими для розвитку будь-якого суспільства, вони змінюють свою назву залежно від культурної приналежності. Вони мають продукувати розвиток особистості та суспільства загалом. Саме на цінності покладено функції орієнтира і критерію при життєвому виборі.

© Л.С. Протосавіцька, 2020

* *Liudmyla Protosavitska, Ph.D. in Law, Associate professor of the National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine*

В. Качур пропонує визначати цінності як явища об'єктивного світу (матеріальні та духовні), що мають значення для суб'єкта при здійсненні ним життєвого вибору⁴.

В. Огієнко наголошує на тому, що в Україні існує декілька поколінь, які жили в умовах постійної зміни ціннісних орієнтирів. Така зміна відбувалася майже кожні 10 років, що призводило до втрати цінностей. Втрата цінностей – це одна з головних причин гальмування об'єднання різних поколінь, соціальних прошарків та верств населення в єдине суспільне тіло. Ми маємо усвідомити, що кожен член суспільства має усвідомити те, що відповідальність за теперішнє та майбутнє лежить на кожному із нас. Якщо ми будемо докласти зусиль для реалізації таких загальнолюдських цінностей, як Добро, Справедливість, Правда, Любов, Свобода, Гідність, Шляхетство, Безкорисливість, Істина тощо, тоді ми зможемо побудувати суспільство вільних людей, які несуть відповідальність не лише за власне життя, а турбуються про гармонійний розвиток усього суспільства. Завдяки зусиллям кожного індивіда високі виміри зберігають свою загальнолюдську значущість.

Цінності не можна просто оголосити та задекларувати. Цінності фіксуються в ідеології, символах, емоціях та поведінці. Варто звернути увагу й на те, що в сучасному вітчизняному суспільстві слід переосмислити суть влади як цінності, оскільки в теперішньому українському суспільстві вона означає «володарювання», а не «служіння». Влада стає авторитетом (походить від *augere*, яке означає «примножувати, збільшувати»). Це прагнення підкорятися життю, аби примножувати його⁵.

Цінності дуже тісно пов'язані з суспільними явищами, їх витoki розповсюджуються далеко за межі того чи іншого суспільного середовища, вони беруть участь у формуванні загальної картини світу. Саме цінності та ціннісні орієнтації породжують як суспільну, так і індивідуальну картину світу у вигляді ідеалів, норм, вони є несучими стінами її архітектоники. М. Вебер вказував, що цінності являють собою установки тієї чи іншої історичної епохи. Саме цінності, на його думку, є векторами, що задають напрям руху та розвитку суспільства⁶.

Дослідники соціологічного напрямку Е. Дюгейм та Р. Парсон пов'язували поняття цінностей з соціальними факторами, а також розглядали їх як важливі елементи регуляції ціннісно-нормативної соціальної інтеграції суспільства. Представники натуралістичного психологізму Р. Перрі, А. Мейнонг, Дж. Дьюї відносять поняття цінностей до тих чи інших душевних проявів, які виникають в процесі діяльності, націленої на об'єкт. Р. Пері вказував, що цінності служать задоволенню потреб та інтересів суб'єкта. Об'єкт виступає в якості цінності в фокусі того інтересу, який детермінований для суб'єкта очікуванням результату⁷.

Значення цінностей важко переоцінити. Вони виражають ідеали, ідею блага, що йде ще від античних часів Платона, і може мати значення корисних явищ та дій. У період постмодерну відкидається будь-яка ієрархія, в тому числі і цінностей. Вона вважається репресивною щодо людини. Представник цього напрямку Ж. Бодріяр вважав, що в цей час цінності втратили свій сенс. Естетичні, моральні та традиційні цінності розглядаються як щось консервативне, як «дисциплінарний простір», який створюється ідеологією держави і протиставляється свободі та особистості.

Кризове явище сучасної культури трансформувало уявлення про сутність цінностей. Так ціннісний індивідуалізм, релятивізм, психологія масового споживачького суспільства формує уявлення про цінності як про об'єкти бажаного. Цінністю стає те, що суб'єкт бажає (хоче) і що є об'єктом його стремління до володіння.

Важливим свідченням втілення тих чи інших цінностей у нормативно-правових актах є прийняття та ратифікація Загальної декларації прав людини, в якій основою прав людини проголошувалися повага до людської гідності, визнання людського життя та свободи найвищою цінністю. Таким чином, права людини стають необхідним стандартом у стосунках індивідів між собою і державною владою. Права однієї людини є межею свободи іншої, а також обмеженням державного абсолютизму шляхом поділу та демократизації влади.

Світове співтовариство спробувало на основі всіх світових релігій сформувати універсальну нормативну світську ціннісну систему, своєрідну «мінімальну межу моральності» (не вбий, не вкради, поважай закон), загальну та обов'язкову для всіх.

Щоб побудувати систему правопорядку, потрібно спочатку сформувати систему цінностей. Закони та інші правові документи ґрунтуються на авторитетних, здебільшого традиційних системах цінностей.

Правові цінності – це конкретні соціально-правові явища, правові засоби і механізми. До них належать: конкретний вираз власної цінності права в практичному житті людей, основні демократичні правові цінності; особливі правові засоби та юридичні механізми (все те, що включає в себе юридичний інструментарій), які забезпечують цінність права, його гарантованість, інструменти, що виражають оптимальне співвідношення нормативного та індивідуального регулювання⁸.

Правові цінності формуються шляхом вироблення ціннісних критеріїв, які в процесі розвитку держави і права набувають властивості трансформуватися відповідно до існуючих реалій суспільного життя, правосвідомості, правової культури, світогляду та духовних цінностей. З огляду на це світ права являє собою світ цінностей, який суб'єкт, по мірі своїх можливостей, пізнає та освоює. Ціннісні орієнтири направляють людину в різноманітті правових фактів, ініціюють її пізнавальну діяльність.

Сучасна юридична думка при визначенні ієрархії основних правових цінностей йде двома принципово різними шляхами. Перший із них полягає в обґрунтуванні системи та ієрархії правових цінностей крізь призму гуманістичної традиції. Другий шлях відкривається при аналізі ієрархії правових цінностей, є суто нормативним та полягає в дослідженні ієрархії цінностей права, що відображається в різного роду нормативних актах.

Правові цінності можна класифікувати за типом правового регулювання: публічного чи приватного права. В юридичній літературі зустрічається поділ на: цінності-принципи, цінності-правила та цінності про-

цедури. Так, С.В. Михайлов до цінностей-принципів відносить основні критерії правових явищ на предмет їх відповідності правовим цінностям: цінності-правила – це дозволи чи вимоги здійснити або утриматися від здійснення певного вчинку; цінності-процедури являють собою офіційно встановлені правилами спосіб і порядок дій у процесі формування певних правовідносин⁹.

В.С. Нерцесянц стверджує, що в державі та праві не застосовуються цінності філософсько-естетичного зразка, а навпаки створюються власні цінності, які сприймаються і визнаються в різних сферах життя¹⁰. При цьому він вказував, що право ніколи не поглинає норм моралі та моральності.

Правові цінності лежать в основі права та правопорядку, вони виступають обґрунтуванням норм права, становлять мету права, закріплюються та охороняються правовими нормами. З-поміж них можемо виділити правові інститути, різного роду юридичні конструкції, принципи права тощо.

Висновки. Отже, підсумовуючи викладене вище, можемо сказати, що цінності сприймаються як ціннісні установки, які визначають ціннісні орієнтації суб'єкта. Цінності функціонують в системі міжсуб'єктних відносин, вони створюються та сприймаються як ідеали, норми, цілі, які в свою чергу впливають на всі сфери суспільного життя. Цінності є важливими для розвитку будь-якого суспільства, вони змінюють свою назву залежно від культурної приналежності. Вони мають продукувати розвиток особистості та суспільства загалом. Саме на цінності покладено функції орієнтира і критерію при життєвому виборі.

Забезпечення цілісності вимагає реалізації такої цінності, як порядок. А порядок є особливим станом ієрархії правових цінностей, який відповідає справедливості. Правові цінності існують у середовищі цінностей та порядку, утворюють систему, яка є досить гнучкою та адаптивною. Існування правових цінностей слід вважати найбільш важливим фактором розвитку права, що виконує своє призначення.

¹ Франкл В. Динаміка та цінності. URL: <http://www.management.com.ua/vision/vis002.html>

² Баева Л.В. Ценности изменяющегося мира: экзистенциальная аксиология истории. Астрахань: Изд-во АГУ, 2004. 277 с.

³ Горбатюк С.С. Теорія цінностей як методологічна основа аксіології соціогуманітарної безпеки. *Вісник Національної академії державного управління при Президентіві України*. 2016. № 4. С. 22 (Серія «Державне управління»).

⁴ Качур В.О. Категорія цінність у теорії правової культури: до визначення поняття. *Право. Людина. Довкілля: науково-практичний журнал*. 2019. Т. 11(1). С. 6–12.

⁵ Клеман О. Влада і віра. *Соціальна доктрина Церкви (Збірник статей)*. Львів: Свічадо, 1998. С. 100.

⁶ Вебер М. Критические исследования в области наук о культуре *Культурология: XX в.* Москва, 1995. С. 46.

⁷ Москвина И. Понятие «Культурные ценности»: философско-культурологический аспект. С. 243. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-kulturnaya-tsennost-filosofsko-kulturologicheskie-aspekty>

⁸ Баранов П.П., Верещагин В.Ю., Курбатов В.И., Овчинников А.И. *Философия права: учеб. пособ.* Ростов-на-Дону: РЮИ, 2004. С. 503.

⁹ Михайлов С.В. Правовые ценности и их классификация. *Актуальные проблемы современной науки*. 2010. № 3 С. 65.

¹⁰ Нерцесянц В.С. *Философия права*. М.: Норма-Инфра, С. 28.

Резюме

Протосавицька Л.С. Теоретико-правові аспекти дослідження цінностей.

У статті досліджено цінності як складову регуляції ціннісно-нормативної інтеграції суспільства. Зосереджено увагу на аналізі тлумачення цінностей. З'ясовано, що цінності мають продукувати розвиток особистості та суспільства загалом. Встановлено, що цінності впливають на ідеологію держави, протиставляють свободу та особистість. Саме на цінності покладено функції критерію і орієнтира при виборі дій та поведінці в тій чи іншій життєвій ситуації.

Ключові слова: цінність, суспільство, класифікація цінностей, ціннісні орієнтації, правові цінності.

Резюме

Протосавицькая Л.С. Теоретико-правовые аспекты исследования ценностей.

В статье исследованы ценности как составляющую регуляции ценностно-нормативной интеграции общества. Сосредоточено внимание на анализе ценностей. Выяснено, что ценности могут продуцировать развитие личности и общества в целом. Установлено, что ценности влияют на идеологию государства, противопоставляют свободу и личность. Именно на ценности возложены функции критерия и ориентира при выборе действий и поведения в той или иной жизненной ситуации.

Ключевые слова: ценность, общество, классификация ценностей, ценностные ориентации, правовые ценности.

Summary

Liudmyla Protosavitska. Theoretical and legal aspects of the research of values.

The article explores values as a component of the regulation of the value-normative integration of society. Focuses on the analysis of the interpretation of values. It has been found that values influence the development of the individual and society as a whole. It is established that values influence the ideology of the state, contrast freedom and personality. Values are assigned the functions of a criterion and a guideline when choosing actions in a particular life situation.

It is established that values are perceived as value attitudes that determine the value orientations of the subject. They are function in the system of intersubjective relations. Values are created and perceived as ideals, norms, goals, which in turn affect all spheres of public life. Values are important for the development of any society, they change their name depending on cultural affiliation. Values should promote the development of the individual and society as a whole. They are entrusted with the functions of landmark and criterion in different life situations.

Values cannot simply have announced and declared. Values are fixed in ideology, symbols, emotions and behavior. Values are very closely linked to social phenomena. They take part in forming the general picture of the world. Their values are difficult to overestimate. The world community has tried to form a universal value system on the basis of all world religions: do not kill, do not steal, respect the law. They are common and binding on all.

Ensuring integrity requires the realization of such a value as order. And order is a special state of the hierarchy of legal values, which corresponds to justice. Legal values exist in an environment of values and order, forming a system that is quite flexible and adaptive. The existence of legal values should be considered the most important factor in the development of law, which fulfills its purpose. Legal values underlie the right, are enshrined and protected by law.

Key words: value, society, classification of values, value orientations, legal values.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.08

УДК 340.11

Н.С. ФЕДУРУК

*Наталія Сергіївна Федорук, кандидат юридичних наук, доцент юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Ю. Федьковича**

ORCID: 0000-0003-1595-0896

ПУБЛІЧНЕ ПРАВО УКРАЇНИ В УМОВАХ ПОСТІНДУСТРІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ

Постановка проблеми. Взаємовідносини особи і держави завжди були одним із ключових питань як теорії права, так і галузевих юридичних наук. Необхідність дослідження змін у характері відносин особи і держави пострадянської України є надзвичайно актуальною проблемою насамперед для публічно-правових наук. Це зумовлено особливістю публічно-правових відносин, яка полягає в обов'язковій участі в них суб'єкта владних повноважень шляхом реалізації цих владних повноважень.

Немає сумніву, що взаємовідносини особи і держави можуть мати різний характер, який визначається насамперед типом конкретного суспільства. Сучасна Україна прагне наблизитись до такого типу суспільства, де панують ідеали справедливості, гуманізму та демократії, а люди намагаються гармонізувати відносини між окремою особою та суспільством. Держава в такому суспільстві виступає засобом узгодження інтересів різних соціальних груп, особи і суспільства. Вона підкоряється виключно суспільним інтересам і контролюється суспільством. Права і свободи людини є метою та, водночас, межею втручання держави в суспільне й особисте життя. Утім, певна частина досліджень з теорії права та значна частина досліджень галузевих публічно-правових наук продовжує знаходитись під впливом етатистського, а часом відверто позитивістського та патерналістського правового світогляду. Відтак, шляхетні ідеї демократії та людиноцентризму виглядають штучними і часто недолугими «прикрасами» на тлі ще радянських світоглядних конструкцій вітчизняного права (наприклад, спроба поєднати доктрину людиноцентризму та управлінську природу адміністративного права).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних і зарубіжних учених, зокрема, Е. Тоффлера, І.Л. Честнова, Д.М. Азмі, П.М. Рабіновича, О.Ф. Скакун, М.І. Козюбри, С.Л. Лисенкова, В. Горбатенка та ін. Водночас зазначимо, що абсолютна більшість досліджень у галузі публічного права продовжує орієнтуватись на індустріальне, етатистське розуміння держави, яке не відповідає реаліям сьогодення.

Метою статті є визначення напрямів і орієнтирів розуміння сутності права та держави в умовах постіндустріального інформаційного суспільства. У статті автор намагається визначити ознаки сучасної постіндустріальної держави, засади її відносин з особою та на підставі цього вивести основи сучасного людиноцентристського праворозуміння публічної влади та права.

Виклад основного матеріалу. Невідповідність окремих положень сучасної доктрини вітчизняного публічного права принципам гуманізму та людиноцентризму, на нашу думку, зумовлена відсутністю належної уваги науковців до проблеми трансформації сутності та функцій сучасної держави як об'єкта дослідження публічно-правових наук, зокрема, закономірностей співвідношення права і публічної влади, суті та меж державного примусу тощо, а також пов'язаних із цим змінами ролі й місця особи у державі нового типу (постіндустріальній державі).

Отже, першочерговою проблемою, яку слід вирішити для обґрунтування юридичних закономірностей взаємодії держави і особи, є визначення змін у самому об'єкті дослідження. У природничих науках об'єкт дослідження – явища навколишнього світу в живій і неживій природі – є сталим, а наукові дослідження лише поглиблюють наявні знання та уявлення про них. Об'єкт дослідження гуманітарних наук – суспільство та пов'язані з ним явища – змінюються з часом. Тому властивості і закономірності явищ, які вважалися правильними в минулому, на певному етапі розвитку суспільства втрачають своє методологічне значення, оскільки об'єкт дослідження зазнав змін і набув нових якостей. Безумовно, це не означає, що ми повинні нехтувати знаннями попередників. Наприклад, таке соціальне явище, як держава, вивчали, Арістотель, Т. Гоббс, Дж. Локк, Г.В. Гегель, К. Маркс. Але вони вивчали «різну» державу, тобто таку, яка на певному етапі історії була сучасною для кожного з цих дослідників. Тому отримані ними знання можуть допомогти скласти уявлення про закономірності розвитку держави як частини суспільства, але не завжди зможуть дати відповіді на питання щодо сутності сучасних суспільних відносин та інститутів.

© Н.С. Федорук, 2020

* *Nataliia Fedoruk, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Yuriy Fedkovich Chernitsy National University*

Радянська наукова традиція розглядала державу як знаряддя для придушення одного класу іншим або як «організацію економічно пануючого класу» тощо. Звичайно, такі погляди на сьогодні визнаються застарілими абсолютною більшістю вітчизняних вчених, які визнають, що в сучасних умовах виключно класовий підхід до розуміння сутності і ролі держави не може бути продуктивним, оскільки в умовах постіндустріального інформаційного суспільства вже не існує чітко визначеної його класової структури. На зміну їй прийшла складна і розгалужена соціальна структура з поділом людей на ті чи інші соціальні групи, який здійснюється не лише на основі відношення людей до засобів виробництва, а й на підставі цілого ряду інших критеріїв¹. Але чи достатньо мірою відповідає розуміння сучасними вітчизняними науковцями держави, її ознак та функцій реаліям XXI століття?

Сучасне суспільство визначається західними науковцями як постіндустріальне, постсучасне, посткапіталістичне (пізніше – як інформаційне). У зв'язку з цим була сформована якщо не нова, то значно оновлена парадигма замість класичної, здійснені принципові методологічні зрушення в базисному підході до розуміння сучасного суспільства.

У сучасних умовах постмодерністської реальності стає практично неможливим прагнення представників влади створити цілісну уніфіковану систему управління суспільними процесами, оскільки влада поступово втрачає попередню соціокультурну базу – людей, готових йти на будь-які жертви заради втілення волі, що виходить з єдиного центру². Знижується роль бюрократичних форм організації і, навпаки, зростає роль ринкової конкуренції. Методи «наукового управління» змінюються соціальними управлінськими технологіями. Держава все більш неохоче приймає на себе відповідальність за управління економікою і підтримує ринкове та приватне підприємництво, самостійність, конкурентоспроможність.

Основною тенденцією, яка притаманна сучасному постіндустріальному інформаційному суспільству, є те, що економіка втрачає свій статус домінуючої підсистеми суспільства, яка задає умови і правила функціонування всіх інших підсистем. Більш того, виділяються дві інших, настільки ж значних і самостійних в новому суспільстві, підсистем – телекомунікаційна і система освіти³. На відміну від звичного нам марксистського розуміння побудови суспільства власність вже не є основним критерієм, а класи – основним елементом його соціальної структури. Класова структура замінюється статусною ієрархією, яка формується вже не на основі професії, а на основі освіти, рівня культури й ціннісних орієнтацій. Саме культурна ідентичність стає основою системи соціальної ієрархії. Вісь соціального конфлікту пролягає тепер не по лінії володіння чи не володіння власністю, а по лінії володіння – не володіння освітою і контролем над інформацією⁴. Ознаки держави-нації і права як міри свободи формально рівних індивідів, що впливають з конститутивних основ епохи модерну, пов'язаних переважно з обмінним типом суспільних зв'язків, невідворотно змінюються в ситуації постмодерну, як змінюється і тип праворозуміння⁵. З феноменологічного погляду право в умовах постмодерну починає розглядатися як притаманне кожному індивідові почуття справедливості, як рівнозначне втілення об'єктивної і суб'єктивної реальності. У герменевтиці право інтерпретується, зокрема, як визнання і повага особистості іншого, визнання за кожним формальної рівності.

Як розуміють сутність держави представники сучасної вітчизняної правової науки? Деякі вчені, продовжуючи радянські традиції, визначають державу як «суверенну, політико-територіальну організацію влади суспільства, яка виражає, узгоджує і забезпечує інтереси населення шляхом встановлення загальнообов'язкових правил поведінки за участю спеціальних органів управління та правового примусу, вирішує загально-суспільні справи і виступає суб'єктом міжнародно-правових відносин»⁶. Така держава асоціюється з «апаратом публічної влади (управління і примусу), який здатний за допомогою права робити свої веління загальнообов'язковими»⁷. Проте більшість дослідників все ж притримується більш ліберального розуміння сутності держави, зокрема, держава соціально-демократичної орієнтації розуміється як організація публічної влади більшості населення у суспільстві з різноманітними формами приватної та суспільної власності на засоби виробництва, яка постійно поліпшує умови для здійснення основних прав людини, прав нації та народу на засадах свободи, справедливості й солідарності⁸. Юридичні норми в такій державі «забезпечують захист і узгодження суспільних, групових, індивідуальних інтересів зі спіранням, у разі потреби, на легальний примус»⁹, а сама держава «виступає як офіційний представник усього суспільства і забезпечує з допомогою спеціального апарату реалізацію своєї політики»¹⁰.

Об'єднує всі наведені вище визначення те, що вони відповідають традиційному (індустріальному) розумінню держави як вертикально-інтегрованої системи управління, яка спирається на організоване фізичне, адміністративне, законодавче, ідеологічне та інше насильство, що має чітко виражену ієрархічну структуру з пірамідальним розподілом владних повноважень і встановлює на території свого впливу певні правила (закони), які є обов'язковими до виконання.

Наслідком подібного розуміння держави є особливе праворозуміння, яке ставить в залежність правову відповідальність осіб від їх місця в суспільній ієрархії. Іншими словами, чим вище хтось знаходиться в піраміді влади, тим менше над ним людей, які реально можуть залучити його до відповідальності за ті чи інші дії. Це пояснюється тим, що саме по собі право без офіційної санкції суб'єкта владних повноважень в такій державі не працює.

Як бачимо, усталений у вітчизняній науці погляд на державу і право не повною мірою відповідає сутності постіндустріальної держави, проте цілком відображає риси тієї моделі державно-правових відносин, які ми маємо на сьогодні в Україні і яких прагнемо позбутися (можливо, саме за відсутності відповідного правового світогляду, зусилля науковців і практиків не мають належної ефективності).

На нашу думку, постіндустріальна, людиноцентристська держава є інститутом громадянського суспільства (а саме найвищою формою його організації). У такій державі право є не продуктом державної влади, спрямованим на впорядкування та управління суспільством, а «засобом регулювання та обмеження держав-

ної влади»¹¹, яке «створюється людьми для людської діяльності»¹², а сама держава стає активним учасником творення права та гарантом належної реалізації правових норм. Тобто має місце «діалогічність» відносин держави і людини, яка представлена у двох стадіях функціонування політичної системи суспільства – в стадії об'єктивації державної влади при її формуванні («витоках» з суспільства і представництва соціуму) і під час «повернення» державної влади в суспільство у вигляді прийняття владних (у тому числі правових) рішень і їх виконання. Однак не будь-який обмін повідомленнями і діями є діалогом, а тільки такий, який заснований на прийнятті та визнанні (тобто, легітимації, в певному сенсі) точки зору іншого – контрагента (адресата)¹³. Публічна влада постіндустріальної держави вже не односторонній примус, а повноваження суб'єкта на здійснення певних дій чи прийняття рішень, необхідність яких визнана більшістю учасників суспільних відносин, у яких застосовуються владні повноваження. Тобто влада – це своєрідний мандат суспільства наданий певному суб'єкту на прийняття певних рішень та здійснення дій в інтересах всього суспільства, який, у тому числі, включає право на застосування примусу.

Формування публічної влади в постіндустріальній державі визначається, з одного боку, індивідуалізацією особи, її безпосередньою участю у спілкуванні з державою та іншими соціальними групами (влада ідентичностей). З іншого боку, має місце глобалізація (як наддержавна соціокультурна ідентичність особи), зумовлена високим рівнем інформатизації сучасного суспільства. Подібна «багатовекторність» публічної влади принципово відрізняє постіндустріальну державу від традиційної (індустріальної), де існує єдине джерело «державного управління» – група людей або одна людина, які уособлюють керівництво держави. Перспективи розвитку суспільства в такому випадку ставляться в залежність від волі та здібностей дуже невеликої кількості людей та інститутів.

Разом зі зміною сутності публічної влади в постіндустріальному суспільстві змінюється і суть права: норма стає правом не тому, що акт виданий і забезпечений державою, а тому що така діяльність держави легітимована самим суспільством. Тобто держава постає як один із інструментів правового регулювання (без сумніву, найбільш дієвий та ефективний), але виключно за умови її суспільної легітимації. Сучасна постіндустріальна держава вже не може розглядатися як система управління, яка діє відповідно до чітких об'єктивних закономірностей і де особі відведена роль об'єкта управлінського впливу. Держава набуває ролі суб'єкта, що забезпечує діалог між різними соціокультурними групами за допомогою права. Звідси випливає і призначення права – як міри дозволеного конкретній особі, яке має вигляд не приписів, а принципів, коли «основне (базове) право акумулює саме принципи, тобто фундаментальні, значущі ... ідейні правила. Зокрема, воно об'єднує в собі основоположні ідеї справедливості, законності, гуманізму, формально-юридичної рівності учасників правового спілкування»¹⁴.

Висновки. Розуміння сутності сучасної держави, прийняте у вітчизняній науці публічного права, відповідає моделі традиційних (індустріальних) державно-правових відносин, які ми маємо на сьогодні в Україні. Тобто з одного боку, такі знання об'єктивні, оскільки описують властивості та закономірності реального об'єкта правової дійсності – сучасної української держави. Але, з іншого боку, ми маємо запит суспільства на побудову іншої, постіндустріальної, держави, що неможливо зробити, керуючись усталеними ще з радянських часів уявленнями про державу і право. Отже, вітчизняна юридична наука і практика публічного права вимагають повного «перезавантаження» світоглядних концепцій, повної зміни її парадигми відповідно до засад людиноцентризму.

¹ Теорія держави і права: навч. посіб. / за заг. ред. С.Л. Лисенкова, В.В., Копейчикова. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 26.

² Горбатенко В. Постмодерн і трансформація ціннісної основи людського буття. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/8725/1-gorbatenko.pdf?sequence=3>

³ Див.: Тоффлер, Елвін. Третя Хвиля / пер. з англ. А. Євса. Київ: Вид. дім «Всесвіт», 2000.

⁴ Образ общества в постмодернистской социологии. URL: <http://www.chem.msu.ru/rus/teaching/sociology/5.html>

⁵ Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. *Правоведение*. 2002. № 2. С. 6.

⁶ Теорія держави та права : навч. посіб. / Є.В. Білозьоров, В.П. Власенко, О.Б. Горова, А.М. Завальний, Н.В. Заяць та ін. Київ : НАВС, Освіта України, 2017. С. 35; Теорія держави і права : навч. посіб. / за заг. ред. Л.М. Стрельбицької. Київ: Кондор-Видавництво, 2016. С. 26.

⁷ Теорія держави і права: навч. посіб. Запоріжжя: Просвіта, 2010. С. 35; Теорія держави і права: навч. посіб. / за заг. ред. С.Л. Лисенкова, В.В. Копейчикова. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 30.

⁸ Рабінович П.М. Основи загальної теорії правата і держави: навч. посіб. Львів: Край, 2007. С. 51.

⁹ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник / пер. з рос. Харків: Консум, 2001. С. 39.

¹⁰ Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М.В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О.В. Петришина. Харків: Право, 2009. С. 78.

¹¹ Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2016. С. 103.

¹² Там само. С. 48.

¹³ Честнов И.Л. Постклассическая теория права: монография. Санкт-Петербург: Изд. дом «Алеф-Пресс», 2012. С. 522–526.

¹⁴ Азми Д.М. Структурное строение системы права: теоретико-методологический анализ. *Государство и право*. 2010. № 6. С. 30.

Резюме

Федорук Н.С. Публічне право України в умовах постіндустріальної держави.

У статті досліджено проблему невідповідності сучасної доктрини публічного права принципам гуманізму та людиноцентризму, яка зумовлена відсутністю належної уваги науковців до проблеми трансформації сутності та функцій сучасної держави як об'єкта дослідження публічно-правових наук. У статті досліджувалися закономірності співвідношення права і публічної влади, суті та меж державного примусу, а також пов'язаних з цим змінами ролі і місця особи у державі нового типу (постін-

дустріальній державі). Визначено, що розуміння сутності сучасної держави, прийняте у вітчизняній науці публічного права, відповідає моделі традиційних (індустріальних) державно-правових відносин, тоді як вітчизняна юридична наука і практика публічного права вимагають зміни існуючих світоглядних концепцій, які би відображали сутність постіндустріальної (інформаційної) держави.

Ключові слова: публічне право, держава, людиноцентризм, публічна влада, індустріальна держава, постіндустріальна держава, інформаційне суспільство.

Резюме

Федорук Н.С. Публічне право України в умовах постіндустріального суспільства.

В статті досліджена проблема несоответствия современной доктрины публичного права принципам гуманизма и человекоцентризма, которая обусловлена отсутствием должного внимания ученых к проблеме трансформации сущности и функций современного государства как объекта исследования публично-правовых наук. В статье исследовались закономерности соотношения права и публичной власти, суть и границы государственного принуждения, а также связанные с этим изменение роли и места человека в государстве нового типа (постиндустриального государства). Определено, что понимание сущности современного государства, принятое в отечественной науке публичного права, соответствует модели традиционных (индустріальних) государственно-правовых отношений, тогда как отечественная юридическая наука и практика публичного права требуют изменения существующих мировоззренческих концепций, которые бы отражали сущность постиндустриального (информационного) государства.

Ключевые слова: публичное право, государство, человекоцентризм, публичная власть, индустриальное государство, постиндустриальное государство, информационное общество.

Summary

Nataliia Fedoruk. Public Law of Ukraine under the conditions of a post-industrial state.

In this paper the problem of inconsistency between current principle of Public Law and principles of humanity and anthropocentrism, which is defined by the shortage of due diligence of scientists to the problem of essence transformation and functions of modern state as the target of research of Public Law is investigated.

Fundamental beliefs of domestic science of Public Law correspond to the traditional (industrial) awareness of a state as vertically integrated management system, it has an expressive hierarchic structure with a pyramidal distribution of power on the territory of its influence and prescribes certain rules (laws), which are mandatory.

A post-industrial, human-centered state is an institution of civil society (namely, the highest form of its organization), which distinguishes it from a traditional state, where there is a single source of "state administration" – is a group of people or one person who represents the leadership. The act becomes a law not because the act is issued and provided by the state, but because such activity of the state is legitimized by the society. That is, the state appears as one of the instruments of legal regulation, but only under the condition of its public legitimacy. In such a state, law is not the output of governmental power aimed at regulating and managing society, but at the means of regulating and limiting governmental power, which is created by people for human activity, and the state itself becomes an active participant in law-making and guarantor of proper implementation of legal norms.

It has been determined that the awareness of the essence of the modern state in the domestic science of Public Law corresponds to the model of traditional (industrial) state-legal relations, while domestic Legal science and practice of Public Law requires changes in existing fundamental beliefs that would reflect the essence of post-industrial (information) state.

Key words: Public Law, state, anthropocentrism, public power, industrial state, post-industrial state, information society.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.09

УДК 349.3(043.2)

ХАЛИДА АЛИСОЙ

*Халида Алисой, диссертант Інститута права і прав человека НАН Азербайджана**

РАЗВИТИЕ ПРАВА НА СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ: ОПЫТ ЕВРОПЕЙСКИХ СТРАН

Постановка проблемы и ее актуальность. В результате долгосрочной реализации социально ориентированной и социально ответственной политики страны Западной Европы приобрели интересный социальный опыт, который может быть полезен и для новых независимых государств, включая Азербайджанскую Республику. Несмотря на некоторые различия между европейскими странами, все они заявили о своей приверженности к так называемой социальной модели и европейским гуманитарным ценностям, интересам и правам человека. Такая модель основана на «капитализме», который сами европейцы определяют как «солидарность». Фактически страны Западной Европы обязались соблюдать баланс между экономическим ростом и социальной справедливостью⁴.

Хотя отдельные цели этой системы четко не разделены, они, по крайней мере, частично обусловлены. Без обеспечения материальных потребностей трудно участвовать в жизни общества, трудно обеспечить социальную сплоченность³.

© Халида Алисой, 2020

* *Khalida Alisoy, Ph.D. Candidate of the Institute of Law and Human Rights of the NAS of Azerbaijan*

В развитых странах Западной Европы, таких как Германия, Франция и Великобритания, защита прав человека закреплена на самом высоком нормативно-правовом уровне и имеет богатую историю развития. Так, Германия является социальным государством в соответствии со ст. 20.1 ее Конституции. Нормативное содержание указанного принципа всесторонне раскрывается на практике. Выявление социальной природы государства является одновременно целью, правовой нормой и задачей. Немецкая правовая доктрина гласит, что государство всеобщего благосостояния помогает каждому немцу влиять на распределение благ среди слабых в духе справедливости, чтобы обеспечить его достойное существование. Государство должно гарантировать прожиточный минимум.

Целью статьи является анализ тенденции развития права социального обеспечения в практике развитых европейских стран.

Анализ исследований и публикаций. Развитие законодательства о социальном обеспечении во внутреннем праве и совершенствовании законодательства рассматривается в работах В.В. Антропова¹, Л. Витте³, М. Каргалова⁴, В.Д. Роика⁵, Б. Уилке⁷ и др.

Изложение основного материала. Немецкая модель социальной рыночной экономики предусматривает активное участие государства в социальной сфере с самого начала ее реализации. С первых лет немецкой реконструкции большое внимание уделялось проблеме обеспечения престарелых и инвалидов. Еще в 1950-х гг. Людвиг Эрхард, министр экономики Германии, заявлял, что успех экономической политики государства гарантирует достойный уровень жизни людям, которые не могут напрямую участвовать в процессе производства по независящим от них причинам, таким как старость, болезни и др.

Характерными чертами системы социального обеспечения Германии являются: определяющая роль института обязательного социального страхования, на который приходится более 70 % всех финансовых ресурсов и охватывающего большинство работников; размер обязательных страховых выплат, материальной помощи и пенсий (в системе обязательного страхования) направлен на замену заработной платы с высокими коэффициентами (60–70 %); вспомогательная роль дополнительных учреждений добровольного страхования (на уровне страхования предприятий и отдельных лиц), что особенно важно для групп населения с высокими доходами; обязательное пенсионное страхование охватывает не только выплату пенсий по старости, инвалидности и по утрате кормильца, но и услуги по реабилитации⁵.

В Германии не существует понятия «минимальная пенсия», но есть несколько видов гарантированных пенсий, некоторые из которых можно получить одновременно.

В Германии пенсионное страхование по инвалидности регулируется общими правилами пенсионного страхования. Это касается общих принципов и правил расчета, финансирования и выплаты пенсий. Выплата пенсий по профессиональной и общей инвалидности осуществляется путем достижения пенсионного возраста застрахованного лица и назначения ему пенсии по старости.

В Германии система здравоохранения почти полностью базируется на системе страхования. Следует признать значимость опыта Германии в формировании основных принципов модели медицинского страхования, которая создала широкую и сильную систему медицинского страхования и использовалась в качестве примера для других стран. Целесообразно отметить, что система медицинского страхования была сформирована уже в конце XIX в. Сегодня система здравоохранения Германии в значительной степени финансируется за счет взносов и других государственных фондов, на которые приходится около трех четвертей общих расходов на здравоохранение. Около 23 % расходов покрывает государство.

В целом 90 % населения Германии охвачено услугами медицинского страхования. Лица, не охваченные обязательным медицинским страхованием, индивидуальные предприниматели, государственные служащие и частные практики, независимо от уровня их годового дохода, считаются имеющими право на бесплатное медицинское обслуживание на своих рабочих местах в силу их корпоративного характера. Не все эти группы граждан обязаны застраховать свое здоровье, но они могут остаться в системе обязательного медицинского страхования или заключить полноценный договор медицинского страхования.

После многочисленных дискуссий в 2004 г. в Германии были приняты законы, предусматривающие частичную трансформацию пенсионной системы и повышение роли капитализированной части пенсионных накоплений. В то время также обсуждалось повышение пенсионного возраста с 65 до 67 лет. Планировалось, что новая система будет постепенно формироваться с учетом избежания перегрузки сотрудников, поскольку личные пенсионные выплаты в 2001 г. составляли около 0,5 %, а в 2008 г. этот показатель вырос до 4 %⁷.

Правительство также приняло программу стимулирования вкладов. Работники и служащие со средним и низким уровнем дохода, а также лица, имеющие социальные пособия, получают дополнительные пособия по старости. Люди с высоким доходом подвергаются налогообложению с целью поддержки их в старости. По оценкам экспертов, в 2030 г. 21,8 % зарплат будут покрыты страховыми выплатами. Этот низкий показатель объясняется сокращением безработицы (с 9 % до 2 %) и принятием государственных программ использования труда иммигрантов для заполнения вакансий на рынке труда.

Французская система социального обеспечения – очень сложная организационная структура, обеспеченная высокой долей государственных расходов на социальные программы¹. Эти расходы превышают средний показатель по ЕС. Уместно отметить характерные для французской системы социального обеспечения вопросы: во-первых, ведомственная система профессионально-отраслевых схем социального страхования; во-вторых, наличие хорошо развитой системы финансовой помощи семье, которая является результатом долгосрочной эволюции. Эта система была сформирована государством путем внедрения и усовершенствования различных инструментов семейной политики, форм финансовой помощи; в-третьих, оно характеризуется значимостью дополнительных систем социального обеспечения, особенно в области пенсионного обеспечения и медицинского страхования и существованием наряду с общими (базовыми) схемами социального

страховання множества дополнительных профессиональных систем; в-четвертых, существенным отличием французской системы социального обеспечения (например, от британской системы) является то, что она финансируется в основном за счет взносов социального страхования и, в-пятых, существуют различные страховые фонды, реализующие отдельные социальные программы, которые добавляются к обязательным социальным услугам в рамках общих обязательных схем социального обеспечения (например, программ социальной помощи для пожилых людей на дому).

Кодекс социального обеспечения является основным нормативным источником социального обеспечения во Франции. Важно заметить, что это не единственный нормативный правовой акт в данной области⁶. Дело в том, что Кодекс представляет собой систематизированный набор нормативных актов на разных уровнях, основанный на ключевых положениях доктрины и решениях судов, имеющих фундаментальное значение в области социального обеспечения. Кодекс определяет виды социального обеспечения, финансирования, размер пенсий и правила выплаты.

Во Франции пенсионный возраст для мужчин и женщин составляет 60 лет. Для сравнения, в Великобритании возраст выхода на пенсию составляет 60 лет для женщин и 65 лет для мужчин. Было принято решение увеличить пенсионный возраст для женщин с 2010 г. до 2020 г. до 65 лет.

Во Франции общий пенсионный режим предусматривает базовые пенсии и дополнительные пенсии, которые в целом охватывают все население страны и распространяются на различные категории граждан. Существуют также специальные пенсионные режимы для государственных служащих, энергетиков, военнослужащих, работников сельского хозяйства и ряда других специалистов.

Во Франции обязательным условием определения пенсии по старости для инвалидов является достижение ими шестидесятилетнего возраста. Вторым обязательным условием для назначения пенсии по инвалидности является то, что застрахованное лицо должен быть жертвой общего заболевания или несчастного случая. Еще одним условием является осуществление страховых выплат за 12 календарных месяцев до прекращения работы. На определение размера пенсии по инвалидности по общему заболеванию влияет группа инвалидности. Пенсия по инвалидности не может быть ниже социальной пенсии.

Во Франции профессиональные увечья и профессиональные заболевания рассматриваются как особые риски профессиональной деятельности (профессиональные риски), которые являются производственными травмами. Травмы, полученные по дороге на работу и с работы, также связываются с профессиональными заболеваниями. Страхование от несчастных случаев на производстве является обязательным для всех работников. Существует разница между временной и постоянной нетрудоспособностью вследствие производственной травмы или профессионального заболевания. Если несчастный случай произошел по вине работника, в финансовой помощи может быть отказано. И наоборот, увеличенная финансовая помощь может быть предоставлена в случае смерти жертвы или кормильца, если виноват работодатель.

Доступ к медицинскому страхованию и медицинским услугам является важным элементом социальной политики в странах Западной Европы.

Таким образом, во Франции существует довольно сложная система медицинского страхования (74 % всех расходов на здравоохранение). В целом эта система делится на несколько отдельных подсистем, которые отличаются по профессиональному характеру. Самой крупной из них в стране является Общая система медицинского страхования (*Regime general d'assurance maladie*), которая охватывает 80 % населения. Кроме того, существуют другие, менее крупные режимы страхования для сотрудников определенных профессиональных групп и областей.

Медицинское страхование охватывает почти 99 % населения страны. Существует принцип перераспределения средств между страховыми фондами для покрытия дефицита. Медицинская страховка покрывает медицинские, стоматологические и фармацевтические расходы, а также больничные расходы. Медицинские расходы предоставляются не только застрахованному лицу, но и его супругу, детям, родственникам, проживающим с ним и управляющим общим домашним хозяйством.

Великобритания является одной из стран Западной Европы с развитой системой социального обеспечения. В юридической литературе существует мнение, что в британской системе социального обеспечения есть две особенности. Во-первых, в этой системе нет специальных институционализированных учреждений, занимающихся страхованием определенных видов социальных рисков, таких как старость, болезни, безработица, несчастные случаи на производстве и т. д. В Великобритании все программы социального страхования интегрированы в единую систему социального обеспечения. Аналогичная ситуация существует в системе здравоохранения, объединенные услуги которой гарантированы государством каждому жителю страны.

Во-вторых, система социального обеспечения Великобритании характеризуется большой ролью в предоставлении социальных услуг, а также историческим развитием и их тесной связью с программами личного страхования². Каждое из учреждений социальной защиты (государственное социальное обеспечение, социальное страхование и дополнительное личное страхование) имеет примерно равную долю финансовых ресурсов в Великобритании.

Система социального обеспечения Великобритании представляет собой единую систему, которая охватывает практически все население страны. Она разделена на две основные подсистемы: национальное социальное страхование, включая пенсионное страхование, пособия по инвалидности, страхование от несчастных случаев на производстве, страхование по временной нетрудоспособности, пособия по болезни и программы поддержки материнства; национальная служба здравоохранения, которая предоставляет медицинские услуги всему населению страны.

В Соединенном Королевстве пособия по инвалидности предоставляются гражданам, у которых есть в наличии результаты медицинского осмотра. Инвалиды также имеют право на единовременное пособие и

пенсию по старости. Лица, не достигшие пенсионного возраста, имеют право на пенсию, в том числе домохозяйки, которые не могут работать из-за неудовлетворительного состояния здоровья. В Великобритании люди старше 65 лет, страдающие физическими или умственными недостатками, могут еженедельно получать финансовую помощь из бюджета местного муниципалитета (на жилье) для найма опекуна или помощника. Процедура получения этой финансовой помощи была значительно упрощена. Такая же финансовая помощь предоставляется в несколько иной форме детям-инвалидам и инвалидам в возрасте до 65 лет. В этом случае, если человек получает пособие по инвалидности, ему также предоставляется льготный тариф на приобретение лекарств, жилья и ряда коммунальных услуг.

Финансовая помощь доступна для людей с ограниченными возможностями, работающими в Великобритании. Эти гранты предназначены для предоставления финансовой поддержки людям с ограниченными возможностями, которые работают из-за их ограниченной трудоспособности. Людям с ограниченными возможностями, работающим в стране, предоставляется ряд льгот, в том числе пособия по инвалидности.

В Соединенном Королевстве система социального обеспечения в случае получения производственного увечья предусматривает особую систему финансовой помощи. Это касается риска гибели людей и здоровья жертв несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний в результате несчастных случаев на производстве и других несчастных случаев при исполнении ими своих профессиональных обязанностей. Травмы, полученные по дороге на работу и с работы, не считаются производственными травмами. Следует отметить, что особое внимание уделяется соблюдению стандартов безопасности. Если несчастный случай произошел по вине пострадавшего на работе, то материальная помощь не выплачивается. Несчастные случаи на работе должны быть надлежащим образом зафиксированы.

Вышеуказанная система охватывает 70 профессиональных заболеваний. Большинство из них считаются адекватными и не требуют доказательств связи между выполнением определенных профессиональных обязанностей и началом заболевания.

В Великобритании пособия на ребенка покрывают почти 100 % семей с детьми. Финансовая помощь выплачивается за первого ребенка выше, чем за последующих детей. Следует отметить, что в 1996 г. 6,7 трлн фунтов было выплачено 12 млн детей из 7 млн семей по всей Великобритании. Британские ученые считают, что эта финансовая помощь является механизмом поддержки семей с детьми, предотвращения бедности в семьях с детьми, обеспечивает справедливый механизм налогообложения для семей с детьми, выступая в качестве формы снижения налоговой нагрузки и т.д.

Результаты исследования. Таким образом, суммируя вышесказанное о системах социального обеспечения в развитых странах Западной Европы, можно сделать вывод, что модель социального страхования, применяемая в этих странах, характеризуется следующими элементами: а) демократическим управлением; б) прозрачностью финансовых потоков; в) некоммерческим характером страховых организаций под контролем государства.

В рассматриваемых странах системы социального обеспечения охватывают почти 100 % населения, иными словами, круг субъектов, имеющих право на социальное обеспечение, полностью соответствует положениям международных договоров. К ним относятся пожилые люди, инвалиды, дети, безработные, малообеспеченные и беременные женщины. Что касается видов социального обеспечения, то следует отметить, что они являются полностью традиционными и соответствуют международным стандартам. К ним относятся старость, инвалидность, смерть кормильца, пенсии по болезни, производственные травмы и заболевания, безработица, пособия по беременности и родам, медицинское обслуживание. В Германии, Франции и Великобритании пенсионное обеспечение основано на аналогичных схемах и состоит из трех уровней: 1) государственное обязательное пенсионное обеспечение, которое в определенной степени гарантирует выплату базовой трудовой пенсии; 2) обязательное пенсионное страхование; 3) добровольное пенсионное страхование в частных пенсионных фондах.

¹ Антропов В.В. Система социального обеспечения во Франции: опыт и перспективы. *Труд за рубежом*. 2005. № 2. С. 98.

² Антропов В.В. Социальная защита в странах Европейского союза. История, организация, финансирование, проблемы. Москва: ЗАО «Издательство «Экономика», 2006. 271 с. С. 177.

³ Витте Л. Европейская социальная модель и социальная сплоченность: какую роль играет ЕС? *Аналитический вестник Совета Федерации Федерального собрания РФ*. Москва, 2006, № 6. С. 6–7.

⁴ Каргалова М. ЕС: Политика общественного благоденствия. *Современная Европа*, 2006. № 1. С. 101.

⁵ Ройк В.Д. Зарубежный и отечественный опыт организации и совершенствования национальных систем социального страхования. *Аналитический вестник*. Москва, 2006. № 13 (301). 80 с. С. 17.

⁶ Code de sdcurite sociale. Dalloz, 2002. URL: <https://www.editions-dalloz.fr/code-de-la-securite-sociale.html>

⁷ Wilke C.Benita. The 'Riester – Reform': An overview. 2003, MEA. 21 p. P. 7.

Резюме

Халида Алисой. Розвиток права на соціальне забезпечення: досвід європейських країн.

Мета: аналіз тенденцій розвитку права соціального забезпечення в практиці розвинених європейських країн.

Методи: аналіз і вивчення внутрішньодержавного законодавства про соціальне забезпечення.

Результати: досліджувалося право щодо соціального забезпечення деяких економічно розвинених держав Західної Європи (Німеччина, Франція, Великобританія). Головною метою дослідження є виявлення співвідношення законодавства щодо соціального забезпечення даних держав міжнародному праву, а також формулювання перспектив одержання вигоди з позитивного досвіду даних держав у цілому. Стверджується про високий рівень соціальної захищеності в цих країнах. Проте зазначається наявність розходжень у внутрішньополітичній ситуації, національних традиціях, рівні розвитку економіки й соці-

альній сфері. Визнається, що провідні держави Західної Європи, незважаючи на їхні природні розходження, мають загальні цінності, які їх об'єднують. Це пов'язується з тим, що дані держави давно визнали, що соціальна справедливість і соціальна рівність сприяють економічному розвитку. Європейська соціальна модель передбачає спільні дії держав і цивільного суспільства в цій галузі, спрямовані на забезпечення матеріальних потреб усіх громадян, участь у житті суспільства, зміцнення соціальної згуртованості.

Обговорення: скористатися досвідом розвинених європейських країн у розробці законодавства про соціальне забезпечення.

Ключові слова: Західна Європа, соціальне забезпечення, національне законодавство, соціальна справедливість, соціальна модель, соціальне страхування, пенсійне забезпечення.

Резюме

Халида Алисой. Развитие права на социальное обеспечение: опыт европейских стран.

Цель: анализ тенденций развития права социального обеспечения в практике развитых европейских стран.

Методы: анализ и изучение внутригосударственного законодательства о социальном обеспечении.

Результаты: исследовалось право касательно социального обеспечения некоторых экономически развитых государств Западной Европы (Германия, Франция, Великобритания). Главной целью исследования представляется обнаружение соотношения законодательства касательно социального обеспечения данных государств международному праву, а также формулировка перспектив извлечения выгоды с позитивного опыта данных государств в целом. Утверждается о высоком уровне социальной защищенности в этих странах. Тем не менее, отмечается наличие различий во внутривнутриполитической ситуации, национальных традициях, уровне развития экономики и социальной сфере. Признается, что ведущие государства Западной Европы, несмотря на их естественные различия, имеют общие ценности, которые их объединяют. Это связывается с тем, что данные государства давно признали, что социальная справедливость и социальное равенство способствуют экономическому развитию. Европейская социальная модель предусматривает совместные действия государств и гражданского общества в этой области, направленные на обеспечение материальных потребностей всех граждан, участие в жизни общества, укрепление социальной сплоченности.

Обсуждение: воспользоваться опытом развитых европейских стран в разработке законодательства о социальном обеспечении.

Ключевые слова: Западная Европа, социальное обеспечение, национальное законодательство, социальная справедливость, социальная модель, социальное страхование, пенсионное обеспечение.

Summary

Khalida Alisoy. Developing the right to social security: the experience of European countries.

Goal: analysis of the development trend of social security law in the practice of developed European countries.

Methods of research: analysis and study of domestic legislation on social security.

Results: The article analyzes the legislation on social security of a number of economically developed countries of Western Europe (Germany, France, Great Britain). The main purpose of the analysis is to identify the consistency of the social security legislation of these countries with international law and to identify opportunities to benefit from the positive experience of these countries in general. A high level of social protection is being established in these countries. Nevertheless, the presence of differences in the internal political situation, national traditions, the level of economic development and the social sphere is noted. It is recognized that the leading states of Western Europe, despite their natural differences, have common values that unite them. This is due to the fact that these states have long recognized that social justice and social equality contribute to economic development. The European social model provides for joint actions of states and civil society in this area, aimed at meeting the material needs of all citizens, participation in society, strengthening social cohesion.

Discussion: take advantage of the experience of developed European countries in the development of social security legislation.

Key words: Western Europe, social security, national legislation, social justice, social model, social insurance, pension security.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.10

УДК 342.2 + 341.231.14

Д.О. БОБРОВНИК

*Денис Олександрович Бобровник, здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України**
ORCID: 0000-0002-1142-6926

ДИХОТОМІЯ «ЛОКАЛЬНЕ / ГЛОБАЛЬНЕ» ЯК ОСНОВОПОЛОЖНИЙ КОНЦЕПТ НАБУТТЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ТЕРИТОРІАЛЬНОЮ ГРОМАДОЮ

Постановка проблеми. Глобалізація – економічна, політична, правова, як відображення складних і суперечливих, багаторівневих і багатofакторних, різнооб'єктних та різнооб'єктних тенденцій, що підкреслюють різноманітність та єдність, конфлікт та взаємопов'язаність, крихкість і силу сучасного світу, тенденцій його подальшого розвитку та вимальовує перспективу спільного існування міжнародної спільноти держав, – характеризується низкою тенденцій, що підкреслюють, акцентують та об'єктивують наведені вище її

© Д.О. Бобровник, 2020

* *Denis Bobrovnik, Postgraduate student of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine*

характерологічні особливості. До їх числа насамперед належить інтернаціоналізація конституційного правопорядку держав і конституціоналізація сучасного міжнародного права, що обумовлюють тісний зв'язок, взаємодію та взаємне проникнення національного конституційного і загального міжнародного права.

Організаційним та нормативним наслідками появи та дії цієї тенденції є розширення кола об'єктів міжнародно-правового регулювання за рахунок включення до їх числа нових, але таких, що раніше знаходились в абсолютній юрисдикції національної держави, а саме – права людини, виборче право, місцеве самоврядування тощо. Отже, саме вони, що характеризуються високим рівнем антропологічної ідентифікації та юридичною персоналізації, набувають не тільки відповідної частки та обсягу міжнародної правосуб'єктності, а й формують у результаті свого існування і функціонування навколо себе та для себе відповідний глобалістський потенціал, у вигляді відповідного міжнародно-нормативного простору, за рахунок появи профільних норм міжнародного договірної права, що включають і відповідні організаційно-технологічні можливості, – що трансформує їх у відповідні мегатренди сучасного державного і міжнародного розвитку й прогресу. Наведені тенденції повністю відповідають концептуальним ідеологічним і прагматичним настановам демократичної правової державності, більш того, стають її характерною ознакою.

Серед наведених об'єктів, що на сьогодні володіють державно-правовою і міжнародно-правовою регламентацією і регулюванням, завдяки своїй конституційно-правовій та міжнародній правосуб'єктності, важливе місце належить місцевому самоврядуванню – складному соціально-політичному і соціально-правовому феномену, що, по-перше, супроводжує появу і розвиток державності як системної асоціації людей та інститутів у їх історичній ретроспективі і, по-друге, відіграє важливу роль у сучасних процесах інституціоналізації державності, її реалізації, а також у формуванні громадянського суспільства, що є демократичним системним механізмом задоволення інтересів і потреб людей поза межами державно-правового впливу у правдивому просторі соціуму.

Важливою характерною рисою місцевого самоврядування є те, що воно формується і здійснюється як механізм колективного самопроаяву, самореалізації, самодіяльності, саморозвитку та самоврядування відповідної територіальної спільноти людей, що мешкають на відповідній території держави – територіальної громади (далі – ТГ). Її роль в існуванні людської цивілізації об'єктивно не може бути як зменшеною, так і перебільшеною, – бо саме:

а) у межах ТГ кожна людина – житель і член ТГ здійснює свій життєвий цикл з продовженням життя людської популяції (екзистенційна ознака. – авт.);

б) в межах ТГ кожна людина продукує і реалізує свої життєві устремління, проявляє інтенції, формує свої потреби через здійснення своїх атиюдів (суб'єктивно-діяльнісна ознака. – авт.);

в) у межах ТГ практично здійснюється загальна соціалізація особистості, включаючи і її правову соціалізацію (соціально-ідентифікаційна ознака. – авт.);

г) саме в межах ТГ, яка в сфері місцевого самоврядування виступає єдиним природним соціально-нормативним простором, реалізується конституційно-правовий статус людини, особистості, громадянина (нормативна ознака. – авт.);

д) ТГ виступає простором, де людина здійснює усвідомлену комунікативну взаємодію з іншими членами локального соціуму, що є найважливішим фактором у існуванні та затвердженні її габітусу і соціального статусу (комунікативна ознака. – авт.);

е) ТГ є простором, де існує і панує феноменологія стану повсякденності, в якій здійснюється життя людини, і яка є комфортною і оптимальною формою її існування (ознака повсякденності. – авт.);

ж) ТГ, завдяки її існуванню і функціонуванню, формує системний комплекс інтересів (індивідуальні (мікроінтерес) – групові (мезоінтерес) – колективні (макроінтерес)), що у своїй сукупності та концентрації формують локальний інтерес, який визначає телеологічні домінанти повсякденного і перспективного існування та функціонування територіальної спільноти, формує її відносини з іншими спільнотами, а також її відношення до державно-правових інститутів, визначаючи комунікацію з ними (внутрішньодержавна ознака локального інтересу. – авт.);

з) ТГ, враховуючи історичний, географічний, гуманістичний, економічний, соціальний та інші види її потенціалів і ресурсів, зважаючи на її первинний характер як людської спільноти, – трансформує і просуває свій локальний інтерес за межі своєї національної держави на міжнародний і глобальний рівень (через міжнародне договірне право – див., наприклад, Європейську хартію місцевого самоврядування 1985 р.¹), що об'єктивно детермінується могутніми процесами глобалізації (міжнародно-глобальна ознака локального інтересу. – авт.) і надає право ТГ, а також жителям-членам такої громади виступати від свого імені в міжнародних відносинах та реалізувати системний комплекс прав, що надані ним міжнародним правом – що також є проявом філософської дихотомії в рамках «локальне – глобальне»;

и) ТГ безпосередньо вказує на своє місце знаходження – топосний і локальний характер свого існування й функціонування, тобто на генетичний, історично детермінований, вічний, іманентний, безпосередній і безальтернативний зв'язок з відповідною територією, зі всіма наслідками (позитивними або негативними), що з цього витікають, включаючи і формування відповідних «інтересів території», що суттєво впливають на організацію та реалізацію життєвого циклу людини та продукування її індивідуальних, групових, колективних інтересів (просторово-територіальна ознака. – авт.).

Отже, наведений комплекс ознак, на нашу думку, не тільки об'єктивує, а й актуалізує і контекстуалізує дослідження глобалістського потенціалу ТГ через визначення дихотомії «локальне – глобальне» як основоположного концепту набуття ними відповідної міжнародної правосуб'єктності.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Враховуючи, що проблематика теми статті торкається дослідження філософських засад глобалізації, треба наголосити на тому, що у вітчизняній науці досить мало

наукових робіт з цього напрямку. Його розвивають О. Антонюк, В. Бабкін, У. Бек, О. Білорус, В. Геєць, Г. Дашутін, С. Кримський, В. Кувалдін, М. Михальченко, С. Павленко, Г. Почепцов, В. Смолянюк, В. Шейко, М. Шепелев та ін. Разом з тим проблематику становлення громадянського суспільства в Україні, причому в контекстуалізації розвитку місцевого самоврядування, осмислення особливостей його формування, тенденцій та перспектив розвитку в умовах глобальних трансформацій досліджують О. Бабкіна, М. Баймуратов, Р. Балабан, В. Бебик, В. Безродна, В. Вовк, Л. Гаєвська, Ю. Ганжуров, В. Горбатенко, Л. Горенко-Баранівська, О. Долженков, В. Котигоренко, Л. Лойко, І. Оніщенко, Ф. Рудич, О. Соснін, Л. Токар, В. Халамендик, Р. Черноног, Ю. Якименко та ін.

Найбільш широко зазначена проблематика розробляється зарубіжними вченими, зокрема російськими, наприклад, О. Чумаковим, редактором-упорядником найбільшої російської праці з глобалізації – енциклопедії «Глобалістика»; філософські проблеми глобалізації розробляються В. Мироновим, М. Пешковим, Д. Івановим, І. Семененко, В. Толстих, Е. Азроянц, О. Федотовим, М. Покровським, В. Кутиревим, О. Согомоновим; економічні аспекти глобалізації досліджують А. Уткін, Є. Кочетов, М. Савельєв, С. Долгов, В. Давидов, В. Оболенський; політичним і геополітичним аспектам глобалізації присвячено праці А. Панаріна, О. Зінов'єва, І. Іноземцева, М. Делягіна, К. Гаджієва, О. Богатурова, Л. Гринкевича, А. Галкіна; на глобальне моделювання і глобальні проблеми звертається увага у роботах М. Моїсеєва, В. Данілова-Данільяна, В. Тураєва, К. Лосєва; культурологічні аспекти глобалізації висвітлюються у працях М. Моїсеєва, В. Іванова, М. Назарова, І. Василенка, О. Астаф'єва, Г. Аванєсова, І. Мальковської.

У західній зарубіжній науці (зокрема в американській і західноєвропейській) проблеми глобалізації, в цілому, досліджені ґрунтовніше. Це ж стосується і теоретико-методологічних досліджень феномена глобалізації в рамках соціально-філософських наук. Однак треба зазначити, що більшість авторів не приділяють окрему увагу експлікації понять «глобальне» і «локальне» (поза контекстом аналізу конкретних сучасних соціальних процесів), а також їх взаємодії. У роботах багатьох відомих американських і західноєвропейських вчених-теоретиків глобалізації, що представляють трансформістський напрям досліджень цього феномена, це Р. Робертсон, Е. Гідденс, А. Ашпадурай, У. Бек, У. Ханнерц, М. Уотерс, Д. Томлінсон, Д. Хелд, Г. Тербон, М. Фезерстоун, Д. Урри, Д. Фрідман, А. Джонс, Дж. Пітері, А. Дірлік, Д. Ховес, У. Шуеркенс, П. Бергер, М. Кастельс та ін., знаходить відображення розуміння «глобального» і «локального», але дані експлікації носять фрагментарний характер і не є цілісною всебічною картиною взаємодії «локального» і «глобального».

Разом із тим необхідно акцентувати увагу на тому, що в останні роки з'явилися дослідження, безпосередньо присвячені проблематиці «глобального» і «локального» в існуванні й діяльності місцевих спільнот. До них належать наукові праці російської дослідниці-соціолога Т. Макогон; українських дослідників-правознавців М. Баймуратова, О. Кравця, В. Могілевського та ін. Вважаємо, що це не тільки підкреслює актуальність профільної проблематики, а й її продуктивний потенціал, доктринальну важливість та праксеологічну змістовність.

Отже, **метою даної статті є дослідження дихотомії «локальне / глобальне» як основоположного концепту набуття міжнародної правосуб'єктності територіальною громадою.**

Виклад основного матеріалу. Дихотомія «локальне / глобальне» за своєю природою, безумовно, є філософським поняттям, бо виникає в процесі системного і комплексного аналізу соціальної реальності та форм, у якій вона проявляється. А для більш глибокого розуміння суті будь-якого філософського поняття насамперед треба здійснити розгляд причин його виникнення і дослідити контекст його формування. Необхідно враховувати, що дихотомія «глобальне / локальне» у хронологічному континуумі виступає як нова філософська категорія і це детерміновано не тільки часом її появи в науковому дискурсі та рефлексії з її приводу, а також тим, і це головне, що раніше в соціальній дійсності просто не існувало тих процесів і явищ, для характеристики яких призначена ця дихотомія, – а саме для типологізації просторової організації та структури сучасних соціальних взаємин і взаємозв'язків².

Для визначення ролі і значення дихотомії «локальне – глобальне», як основоположного концепту набуття міжнародної правосуб'єктності ТГ, по-перше, необхідно об'єктивувати людське існування і людську діяльність та розглядати їх в широкій філософській перспективі. У зв'язку з цим необхідно погодитися з тим, що сьогодні «особливу увагу слід звернути на соціальну філософію у зв'язку з необхідністю адекватного використання її значного історичного досвіду досліджень, потреби її певного теоретичного і методологічного переосмислення в ускладнюючому світі»³.

З точки зору соціальної філософії, в самому узагальненому вигляді можна виділити три основні періоди соціоглобальної еволюції. Протягом локальної фази соціоглобальної взаємодії кризові стани у відносинах людини і глобального світу носили фрагментарний характер; глобальна фаза знаменує транскордонний, системний характер відносин, в основі якого лежить безпосередній вплив глобального світу на людину й неможливість уникнути такого впливу на локальному рівні; локальна фаза відображає особливий стан переплетіння глобальних і локальних ниток у тканині сучасності.

Треба зазначити, що локальний період охоплює більшу частину соціальної історії, що починається від зародження людського суспільства і продовжується до середини ХХ століття. Однак у процесі руху від господарства, що привласнювало продукт, до постіндустріальної економіки, – локальні складові набували все менш виражений характер. Але зміни носили кількісний, а не якісний характер і на всіх названих етапах вплив людини на глобальний соціум був скоріше символічним, він у цілому не виходив за локальні рамки. Водночас ставлення суспільства до глобалізації світу змінювалося якісним чином, і саме на локальній фазі починали формуватися витоки протиріч між локальним суспільством і глобальним суспільством, бо останнє починало впливати на звичний уклад життя локальної спільноти людей, що склався в умовах повсякденності через появу нових соціальних стимулів та ідеалів, що уніфікували таке життя і робили його незвичним на

угоду нових соціально-економічних (власність), соціально-політичних (демократія) і соціально-культурних (масова культура) пріоритетів, що носили типізований і стереотипний характер.

Одночасно накоплені на рівні локального соціуму і демократичної правової державності науково-технічний потенціал вивів можливість людини з перетворення навколишнього світу, і насамперед середовища проживання, з локального на глобальний рівень, що детермінувало виникнення широкого переліку питань щодо виживання людської цивілізації і поставило суспільство, як локальне, так і глобальне, перед об'єктивною необхідністю колабораційної взаємодії з метою протистояння загрозі екологічної катастрофи планетарного масштабу.

У середині ХХ ст., коли кумулятивний ефект економічних і індустріальних впливів на природу привів до якісних змін у взаєминах людини і природи, паралельно вступили в дію нові фактори, що були обґрунтовані міждержавною економічною інтеграцією. Потім вони були доповнені політичною і правовою інтеграцією, що вплинуло на виникнення аналогічних форм глобалізації. Саме в рамках зазначених форм виникла і розвилась науково-технічна революція, пов'язана з комп'ютеризацією і автоматизацією виробництва, використанням нових видів енергетики, виготовленням якісно нових матеріалів, розвитком біотехнологій та генної інженерії, – наведені зміни набули глобального характеру і детермінували якісні зміни в локальному суспільстві, що не тільки сприйняло їх, а в результаті такого запозичення стало стрімко змінюватись, втрачаючи свою історичну й особистісно-колективну ідентифікацію та менталітет, через вплив та дію на ТГ нових форм економічного життя, політичної взаємодії та культурних ремінісценцій. З одного боку, ТГ піддалися впливу глобальних факторів, враховуючи їх привабливість та позитиви, що вони несуть, особливо в контекстуалізації застосування технічних і технологічних засобів в повсякденному житті, а з іншого, – на фоні нівелювання, спрощення і деякою мірою нейтралізації своєї ідентифікації та менталітету, конвергенційних і уніфікаційних тенденцій суспільного і політичного життя, посилення їх нормативних регламентації та регулювання міжнародним договірним правом, що робить ідентифікаційні ознаки ТГ фактично нівельованими, стереотипованими, схематичними і «розмитими» – вони почали здійснювати спротив таких тенденціям глобалізації з метою збереження своїх найважливіших характерологічних рис та історико-повсякденних умов існування.

Отже, по-перше, вплив глобалізації на локальний соціум у результаті багаторазового збільшення економічних, політичних, соціальних, культурних, екологічних, технічних, технологічних та інших ресурсних її можливостей призвів до значного збільшення різноманітного навантаження на ТГ (критерій «глобального навантаження» на локальний колектив. – авт.); по-друге, це сприяло інтерпретації глобальних проблем на локальний рівень та трансформації їх у проблеми локального суспільства, у вирішення яких воно стало безпосередньо задіяним та за вирішення яких воно стало відповідальним (критерій запозичення та інтерпретації глобальних проблем основним діяльним суб'єктом локального соціуму. – авт.); по-третє, це призвело до усвідомлення колективної відповідальності локального соціуму (ТГ) не тільки за збереження людства у його абстрактному розумінні, а й самої конкретної локальної спільноти (критерій відповідальності ТГ за вирішення глобальних та локальних питань їх виживання. – авт.); по-четверте, це викликало спротив проти негативного впливу чинників глобалізації на ТГ (критерій антагонізму ТГ до чинників глобалізації. – авт.).

Звідси феноменологія «глобалізації», що є одним із найпопулярніших і супертрендовим понять-концепцій сучасного науково-доктринального дискурсу (теоретична складова профільної феноменології. – авт.), а також ключовою ціннісно-визначальною та функціонально-діяльнісною концепцією, – в рамках якої та крізь призму якої розглядаються, пояснюються і інтерпретуються практично всі феномени сучасного соціального життя – починаючи від інтегративної взаємодії і комунікації держав та їх асоціацій, світової фінансової системи, міграційних процесів, і закінчуючи поведінкою держав у рамках світогосподарських відносин і життям локальних територіальних спільнот (праксеологічно-технологічна складова профільної феноменології. – авт.), – не тільки не змогла, а й навіть не наблизилась до вирішення дихотомії концепції глобалізації – глобальне / локальне, що стала не тільки її базовою концепцією, а й такою, на якій через протиставлення «локального» і «глобального» будуються всі теорії глобалізації, причому незалежно від їх контекстуальної приналежності та практичного застосування.

Разом із тим вважаємо, що саме на такому протистоянні стають більш чіткими й рельєфними тенденції впливу глобалізації, її форм та факторів на локальний рівень соціуму, де існують і функціонують ТГ, сприймаючи вказані тенденції або позитивно, – бо вони дійсно полегшують повсякденне життя ТГ та її членів – жителів, впливаючи на: а) запозичення нових управлінських методів, що вже дали позитивний ефект в інших державах на різних рівнях існування та функціонування їх соціуму; б) вдосконалення локальних демократичних механізмів, що посилюють роль ТГ в механізмі публічної влади, а її жителів – у впливі на публічні державні й самоврядні інституції; в) використання нових видів і форм економічної взаємодії, що суттєво підвищує життєвий рівень та рівень індивідуальної, групової і колективної економічної свідомості в застосуванні сучасних економічних моделей в ТГ; г) застосування зразків масової культури, що суттєво підвищують загальний культурний рівень розвитку та самоцінку жителів-членів ТГ; ґ) реалізацію нових ринкових механізмів в локальному соціумі, що суттєво підвищують рівень технологічного і фінансового забезпечення повсякденного життя, надаючи нові якісні банкові, комунальні, муніципальні послуги, а також послуги у сфері транспорту, зв'язку і будівництва, забезпечення товарами широкого споживання тощо. Або негативно, бо одночасно ускладнюють індивідуальне, групове, колективне локальне життя, організаційні форми якого є характерними для людей, роблячи їх в умовах глобалізації не тільки більш спрощеними, схематичними, стереотипними, такими, що позбавлені людських почуттів, – а й більш публічними, що їх не тільки нівелює, а й руйнує, сприяючи появі нових ідеалів та телеологічних домінант існування, що категорично суперечать локальній комунікативній взаємодії людей та порушують її у межах ТГ (на її мікро-, мезо- і макрорівнях), що склалася упродовж багатьох століть та відрізняється своїми характерними і усталеними настановами, формами, результатами.

Для допомоги в розумінні відмінностей між локальним і глобальним, що є важливим з методологічних та концептуальних позицій дослідження, яке здійснюється, вважаємо за потрібне скористатись доктринальними позиціями, що викладені у статті російської дослідниці Л.Г. Кирьянкової «Дихотомія «глобальне/локальне»: до питання постановки проблеми»⁴, з їх наступною інтерпретацією щодо ролі і значення ТГ у набутті своєї міжнародної правосуб'єктності.

По-перше, наведений автор звертає увагу на те, що поява досліджуваної дихотомії пов'язана з кардинальними трансформаціями, що оформилися не більше 20–30 років тому. Це було детерміновано: а) кардинальними трансформаціями відносин між двома базовими онтологічними категоріями – часом і простором; б) трансформаціями взаємовідносин між людьми, місцем, де вони фізично живуть, і їх соціальними і культурними практиками. Тобто тут проявляється так званий *топосно-хронологічний (просторово-часовий) фактор*, в умовах якого існували та існують, функціонували та будуть функціонувати локальні спільноти. Наведена дихотомія торкається генетично-статусних умов і самої сутності існування і функціонування людської спільноти – у просторовому вимірюванні – на відповідній території, що має історичну, географічну, економічну, політичну, культурологічну, нормативну та інші характерологічні ознаки, а також у хронологічному вимірюванні існування й функціонування такої спільноти – часовий континуум, який протікає в умовах повсякденності та в межах життєвого циклу конкретної людини-члена ТГ, яка, по-перше, на фоні зміни людських поколінь поповнюється іншими жителями-членами ТГ; по-друге, таке поповнення здійснюється за рахунок міграційних процесів у середині ТГ; по-третє, за рахунок територіальних новацій (збільшення або зменшення території існування та функціонування ТГ), що не виключає обов'язкового існування ТГ як в ординарних, так і в екстраординарних умовах функціонування державності, бо саме феноменологія державності перетворює людську спільноту, що виникає на рівні первісної общини, на територіальну громаду, – через її визнання та легалізацію. Йдеться про те, що глобальні зміни, які пройшли на рівні як міжнародної спільноти держав, так і конкретної національної держави, напряму пов'язані з просторово-часовим континуумом. Вони: а) носять характер кардинальних трансформацій у часі; б) їх оформлення відбулось не більше 20–30 років тому. Отже, можна констатувати, що такі швидкі, на історичне розуміння, трансформації «втягують» ТГ, разом з територією їх існування, в глобальні процеси, роблячи їх не просто акторами відповідних відносин, а й активним суб'єктом, що в них бере участь попри своє бажання, та активним об'єктом, що підпадає під їх вплив.

По-друге, виникнення дихотомії «глобальне / локальне» напряму пов'язане з корінною трансформацією сталої системи комунікаційної взаємодії, що склалась в ТГ упродовж століть її існування та була безжалісно зруйнована досягненнями НТР у сфері транспорту, зв'язку і комунікацій. Йдеться про *міграційно-інформаційний фактор*, який виник, оформився та розвився завдяки застосуванню сучасних засобів транспортування та руху людей, товарів, послуг, капіталів (автомобільні, залізничні, авіаційні перевезення) і використання інновацій у сфері цифрових технологій (комп'ютерна техніка і засновані на її використанні зв'язок та інші засоби формування, використання, передачі та зберігання інформації, включаючи банківську й комерційну).

Комунікаційна взаємодія людей, що належали до територіальної спільноти, протягом століть здійснювалась тільки в середині ТГ, тобто, мав місце сформований «локальний світ», навкруги якого обертався весь життєвий цикл конкретної людини та людей з її оточуючого колективу – родини, родичів, сусідів, друзів, знайомих, тих, що разом з нею працював тощо. Не зважаючи на Хрестові походи та великі географічні відкриття Середньовіччя, такий локальний світ для більшості людей залишився без змін. Однак з розвитком капіталізму та зростанням міжнародної торгівлі стан справ став стрімко змінюватись, що зразу ж позначилося на розвитку ТГ – почався занепад сільської громади та активне зростання і процвітання громади міської. Саме з періоду Середньовіччя всі ТГ починають відчувати вплив глобальних факторів – поява в Європі східних спецій, американських картоплі, помідорів, кукурудзи, а також розвиток мануфактур для виробництва паперу, шовку, фарфору, що були запозичені з нових земель або винайдені самостійно тощо. Це був практично перший досвід запозичення позитивних економічних глобальних цінностей, хоча таке запозичення супроводжувалося і низкою негативних явищ – захоплення територій, работоргівля, грабїж матеріальних та духовних цінностей.

Формування капіталістичної формації також призвело до посилення міжнародної торгівлі і трансформації її у невід'ємний фактор національного, регіонального й світового розвитку.

Сучасний період впливу глобальних факторів на ТГ пов'язаний з активним та систематичним впливом на людську спільноту «мережкових» новацій економіки, серед яких насамперед виокремлюються інформаційні комп'ютерні технології, що надають динамізму національним і міжнародній (глобальній) економічним системам через їх перехід до колаборативної моделі створення інновацій на рівні мережкових спільнот, учасники яких формують екосистеми стійких взаємодій⁵.

На думку російської дослідниці Н.В. Смородінської, взаємозв'язок інноваційного зростання з мережовим укладом простежується через еволюцію самого способу створення інновацій. Історично така еволюція йшла від моделі закритих інновацій на рівні окремих компаній-виробників (концепція Шумпетера 1934 р.) до рівня кінцевих користувачів (концепція фон Хиппеля 1985 р.), потім – до поняття стратегічних інновацій (концепція Хамель і Прахалда 1994 р.) і, нарешті, до відкритих інновацій, пов'язаних з масовим аутсорсингом / аутсорсинг (з англ. *outsourcing* – використання зовнішнього джерела / ресурсу) – це передача організації певних видів або функцій підприємницької діяльності іншій компанії, що діє в потрібній області, на підставі договору⁶ і формуванням глобальних вартісних ланцюжків (концепція Чесбро 2003 р.)⁷. Однак з усе більшою кастомизацією виробництва (орієнтацією виробників на індивідуальні запити і прями взаємодії з клієнтами) інновації стають інтерактивними, а економіка черпає нові джерела зростання на рівні найрізноманітніших груп соціуму (обов'язково включаючи ТГ на різних рівнях її функціонування – мікро-, мезо-,

макро- – авт.), у масштабах суспільства в цілому. Цю тенденцію вловлює запропонована П. Глурою⁸ мережева модель інновацій, коли вони створюються спільно учасниками різних мережевих спільнот, що вступають у відносини колаборації і формують певну екосистему (collaborative innovation networks). Тобто мережеві спільноти (мережеве співтовариство) – це група людей, що підтримують спілкування і ведуть спільну діяльність за допомогою комп'ютерних мережевих засобів. Характерологічною особливістю спільнот такого роду є те, що вони не можуть бути спеціально спроектовані, організовані або створені в наказовому порядку. Отже, мережеве співтовариство складається із сукупності відповідних елементів, до яких відносять: а) прості дії учасників + б) обмін повідомленнями + в) соціальні сервіси. Використання мережевих спільнот служить для виховання наступних умінь: 1) спільне мислення (перехід від езопової позиції до розуміння ролі і знань інших людей); 2) толерантність; 3) освоєння децентралізованих моделей; 4) критичність мислення⁹.

Отже, йдеться про формування, завдяки створенню мережевої моделі інновацій, доступу ТГ через її членів-жителів, незалежно від їх правового стану (див. Європейська Конвенція про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні 1992 р.¹⁰) та віку (див. Європейська хартія про участь молодих людей у місцевому та регіональному житті (переглянута) 2003 р.¹¹), по-перше, до масивів інформації з різних питань; по-друге, про вільний доступ до передових технологічних досягнень світового рівня, що при їх запозиченні в індивідуальне життя членів ТГ, або на рівні всієї ТГ, – можуть корінним чином трансформувати та переміняти локальне життя.

Більш того, є символічним, що поняття «екосистема», яке запозичене економістами з біології – поряд з поняттям «екологія», мають пряме та генетичне відношення до існування людської популяції. В економічному контексті обидва терміни зазвичай застосовуються в поєднанні, в рамках екосистемного підходу і розглядаються як концепції, які описують еволюцію характеру взаємодій економічних агентів, моделей їх інноваційної активності та їх взаємовідносин з середовищем функціонування¹². Отже, ТГ та її економічне життя, що в умовах повсякденності організують як жителі-члени ТГ, так і сформовані ТГ органи місцевого самоврядування, – органічно вписуються у еволюційні процеси становлення профільних взаємодій економічних агентів, розробку й створення моделей їх інноваційної активності та конструювання їх взаємовідносин із середовищем функціонування – локальний інтерес, що детермінує існування і функціонування ТГ, входить у синергетичну взаємодію з глобальними інноваціями в економіці.

При цьому термінопоняття «колаборація» (collaboration) уособлює не тільки вищу, інтерактивну форму кооперації, а маючи походження від слова «лабораторія», досить яскраво відображає сутність характеру взаємин, що в історичній ретроспективі склалися в лабораторіях американської Кремнієвої долини. У літературі під колаборацією розуміють «процес формальних та неформальних узгоджень між автономними гравцями, в ході якого вони створюють спільні правила і організації для регулювання своїх взаємодій і напрямків діяльності або вирішують об'єднують їх завдання»¹³. Причому ці спільні правила поділяються усіма учасниками, приносячи їм взаємні вигоди, а самі узгодження можуть відбуватися безперервно. Мережеві екосистеми, побудовані на колаборації, вважаються інноваційними екосистемами (innovation ecosystems). Приставка «еко» (щодо поняття «система») вказує в даному випадку на те, що в сучасних умовах інновації зароджуються колективно, в певному мережевому середовищі, заснованому на горизонтальних (неієрархічних) зв'язках юридично незалежних учасників¹⁴.

Отже, необхідно наголосити на тому, що такий підхід володіє високим інтелектуально-діяльнісним потенціалом, бо саме існування ТГ напряму залежить від рівня колаборації між її членами-жителями відповідної території держави. Наявність неієрархічно сформованого і горизонтального чітко осмисленого локального інтересу, що продукується на колективній основі, сприяє формуванню загальних системних інтересів самої ТГ та її членів, а це за наявності загальної згоди та соціального запиту на інновації може сприяти суттєвому оновленню соціально-економічної ресурсної бази ТГ за рахунок запозичення позитивних факторів глобалізації. Причому ідеологічне (духовне) оформлення, супроводження і забезпечення такого оновлення настає при наявності мінімальних позитивних змін в локальному соціумі.

Це підтверджується й тим, що хоча терміносистема «інноваційна екосистема» все ширше входить і легалізується в офіційних документах держав і організацій, вона до цього часу не має свого однозначного тлумачення, – бо різні дисципліни і автори описують такі екосистеми по-своєму, виходячи з авторських вподобань. У контексті дослідження, що проводиться, найбільш продуктивною нам видається позиція вчених-соціологів, що під таке поняття підводять широке коло соціальних мереж, багато з яких не здатні генерувати інновації безпосередньо, але створюють сприятливе середовище для їх зародження і поширення (якраз у розумінні ТГ як одного з акторів, субстрату та опосередкованого центру таких соціальних мереж, що існують завдяки діяльності органів місцевого самоврядування та жителів-членів ТГ. – авт.). Так, наприклад, вчені з Стенфордського університету М. Рассел і К. Девлін (США) розуміють під інноваційними екосистемами мережі стійких зв'язків між людьми, організаціями та їхніми рішеннями, що виникають на базі спільного бачення (shared vision) щодо бажаних перетворень¹⁵. Такі екосистеми можуть формуватися на самих різних об'єднуювальних принципах (від географічного і політичного до виробничого та екологічного), а також на різних рівнях – від локального (всередині організацій, компаній, кластерів, наукових парків, в нашому випадку – на рівні ТГ) до глобального, тобто всюди, де виникають стійкі взаємозв'язки і спільне бачення учасників. Причому, соціологи виявляють різноманітність їх моделей шляхом візуалізації, відстежуючи канали внутрішньогалузевої та міжгалузевої колаборації, колаборації всередині екосистем (включаючи макрорегіональні), а також між мережевими екосистемами в глобальних масштабах. Отже, бачимо, що ТГ онтологічно, конотаційно, логічно, динамічно, на засадах природного права і органічно у функціонально-діяльнісному вимірюванні входять в систему соціальних мереж, ефективно формуючи «локально-регіонально-макрорегіонально-глобальні» мережеві екосистеми.

Друга група авторів, наприклад М. Чеселл, сприймають інноваційну екосистему як мережеве співтовариство, члени якого комбінують свої ресурси на взаємовигідних принципах заради спільного досягнення інноваційних результатів¹⁶. Транспонуючи такий підхід до існування та функціонування ТГ, можна знайти параметральні ознаки формування локального інтересу, що виступає стратегічним фактором у виникненні місцевого самоврядування. Третя група прихильників доктрини, представником яких є Т. Мунро, розглядають її як динамічний і адаптивний організм, що створює, споживає і трансформує знання в інноваційні продукти¹⁷. Хоча у прямому розумінні ТГ не виступає як безпосередній суб'єкт інновацій, однак вона історично є активним споживачем таких знань та їх продуцентом через практичний досвід свого існування й функціонування. Найбільш вдалою, у застосуванні до ТГ, уявляється доктринальна позиція російських соціологів, які користуються поняттям «інтеграційний коопераційний комплекс», підбиваючи під нього типові характеристики мереж – міжорганізаційні взаємодії, просторова локалізація, наявність загальної інфраструктури, ресурсна взаємозалежність учасників, спряженість цілей і цінностей¹⁸. Такий підхід досить повно відображає параметральні ознаки ТГ (комунікативна взаємодія, локально-топосне розташування, загальні інфраструктура, ресурсна база, цінності, телеологічні домінанти тощо), що дають їй змогу посісти відповідне і чільне місце в такому комплексі.

На перевірку всі ці визначення, які виглядають на перший погляд комплементарними, тобто такими, що доповнюють одне одного, все ж з різних сторін акцентують загальну думку: інноваційна екосистема – це нова організаційна цілісність і спосіб виробництва інновацій в ХХІ ст., і ТГ в цьому процесі займає важливе місце.

Резюмуючи наведене вище, необхідно зазначити наступне:

– дихотомія «глобальне / локальне», що покликана характеризувати просторові системні характеристики сучасної соціальної взаємодії, виступає не тільки методологічною основою для концепції «глобалізації», а й важливою концептуально-теоретичною настановою концепції «локалізації», що підкреслює особливу роль місцевого самоврядування та ТГ у запозиченні і трансформуванні факторів глобалізації на локальний рівень існування соціуму;

– враховуючи явно недостатній рівень досліджуваності та доктринального супроводження і забезпечення дихотомії глобальне / локальне, вона характеризується відповідним рівнем алогічності і суперечливості, внаслідок наявності діаметрально протилежних авторських позицій, що іноді призводить до абсолютно різного визначення і розуміння відносин між глобальним і локальним;

– наведений нами аналіз причин і контексту формування дихотомії на прикладі ТГ, показує, що «локальне» і «глобальне» не є опозиційними складовими світового порядку, а виступають невід'ємною частиною як такого порядку, так і один одного, вони є взаємно детермінованими і взаємно доповнюваними – наслідком чого виступають процеси зростання участі ТГ в глобальних процесах, що фактично формують їх відповідну часткову міжнародну правосуб'єктність, яка знаходить свою фіксацію в міжнародному договірному праві;

– тенденцією вирішення дихотомії глобальне / локальне є виникнення феноменології глокалізації, що не тільки спочатку хаотично, а потім і органічно об'єднує в собі параметральні ознаки обох станів, а й відповідним чином «підтягує» значимість та роль ТГ, яку вони відіграють на локальному рівні соціуму у його існуванні й функціонуванні, на глобальний рівень вимірювання, що відповідним чином виправдовує надання їм міжнародної правосуб'єктності;

– приклад існування і функціонування ТГ в їх історичному, географічному, ресурсному та інших вимірюваннях показує, що саме внаслідок змін умов функціонування «локального» з'являється «глобальне», і саме в рамках «глобального» існує на даний момент будь-яке «локальне», активно впливаючи на нього. Отже, люди, їх групи, асоціації, їх оточуюче соціальне середовище є «локальним» за своєю фізичною природою, але соціальні практики наведених суб'єктів в умовах сучасних перманентних змін трансформуються на «глобальне».

¹ Європейська Хартія місцевого самоврядування 1985 року. РС, 2010.

² Кирьянова Л.Г. Дихотомия «глобальное/локальное»: к вопросу постановки проблемы. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dihotomiya-globalnoe-lokalnoe-k-voprosu-postanovki-problemy>

³ Ахизер А.С., Рябова М.Э., Сычев А.А. Концепция социальной философии в усложняющемся мире. *Власть*. 2005. № 7. С. 54–62. С. 54.

⁴ Кирьянова Л.Г. Вказана праця.

⁵ Смородинская Н.В. Сетевые инновационные экосистемы и их роль в динамизации экономического роста. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/setevye-innovatsionnye-ekosistemy-i-ih-rol-v-dinamizatsii-ekonomicheskogo-rosta>

⁶ Стадник Д. Аутсорсинг та аутстафінг: як це працює. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/outsourcing-ta-autstafing-yak-ce-pracyue-.html>

⁷ Смородинская Н.В. Вказана праця.

⁸ Gloor P.A. *Swarm Creativity: Competitive Advantage through Collaborative Innovation Networks*. New York: Oxford University Press, 2006. 222 p. P. 45–55.

⁹ Сетевое сообщество. URL: https://letopisi.org/index.php/%D0%A1%D0%B5%D1%82%D0%B5%D0%B2%D0%BE%D0%B5_%D1%81%D0%BE%D0%BE%D0%B1%D1%89%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE

¹⁰ Європейська Конвенція про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні від 5 лютого 1992 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_318

¹¹ Переглянута Європейська хартія про участь молодих людей у місцевому та регіональному житті від 21 травня 2003 р. URL: http://pzos.ucoz.ua/images/khartija_uchasti_molodi.pdf

¹² Mercan B., Goktas D. Components of Innovation Ecosystems: A CrossCountry Study. *International Research Journal of Finance and Economics*. 2011. № 76. P. 102–112. URL: https://www.researchgate.net/publication/283797767_Components_of_Innovation_Ecosystems_A_Cross-Country_Study

¹³ Thomson A.M., Perry J.L. Collaboration Processes: Inside the Black Box. Public Administration Review. Vol. 66. N. s1, 2006. URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1540-6210.2006.00663.x>

¹⁴ Смородинская Н.В. Вказана праця.

¹⁵ Russell M.G. et al. Transforming Innovation Ecosystems through Shared Vision and Network Orchestration. *Triple Helix IX International Conference. Stanford*, 2011. URL: https://www.researchgate.net/publication/284726075_Transforming_Innovation_Ecosystems_through_Shared_Vision_and_Network_Orchestration

¹⁶ Chessell M. Innovation Ecosystems – an IBM Academy of Technology study. IBM, May 2008.

¹⁷ Munroe T. Triple Helix Newsletter. Triple Helix Association, Stanford. № 1, 2012. URL: <https://www.triplehelixassociation.org/wp-content/uploads/2012/01/helice-vol1-no1-january-2012.pdf>

¹⁸ Катюков Д. Сетевые взаимодействия в инновационной экономике: модель тройной спирали. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/setevye-vzaimodeystviya-v-innovatsionnoy-ekonomike-model-troynoy-spirali>

Резюме

Бобровник Д.О. Дихотомія «локальне / глобальне» як основоположний концепт набуття міжнародної правосуб'єктності територіальною громадою.

У статті досліджується дихотомія «локальне / глобальне» як основоположний концепт набуття міжнародної правосуб'єктності територіальною громадою.

Стверджується, що в основі виникнення такої дихотомії лежить тенденція інтернаціоналізація конституційного правопорядку держав і конституціоналізація сучасного міжнародного права, що обумовлюють тісний зв'язок, взаємодію та взаємне проникнення національного конституційного і загального міжнародного права.

Доведено, що дихотомія «глобальне / локальне», яка покликана характеризувати просторові системні характеристики сучасної соціальної взаємодії, виступає не тільки методологічною основою для концепції «глобалізації», а й важливою концептуально-теоретичною настановою концепції «локалізації», що підкреслює особливу роль місцевого самоврядування та територіальної громади у запозиченні й трансформуванні факторів глобалізації на локальний рівень існування соціуму.

Наведений аналіз причин і контексту формування дихотомії на прикладі територіальної громади показує, що «локальне» і «глобальне» не є опозиційними складовими світового порядку, а виступають невід'ємною частиною як такого порядку, так і один одного, вони є взаємно детермінованими і взаємно доповнюваними, наслідком чого виступають процеси зростання участі громад у глобальних процесах, що фактично формує їх відповідну часткову міжнародну правосуб'єктність, яка знаходить свою фіксацію в міжнародному договірному праві.

Ключові слова: глобалізація, дихотомія «глобальне / локальне», місцеве самоврядування, територіальна громада, міжнародна правосуб'єктність, локалізація.

Резюме

Бобровник Д.А. Дихотомія «локальное / глобальное» как основополагающий концепт обретения территориальной группой международной правосубъектности.

В статье исследуется дихотомия «локальное / глобальное» как основополагающий концепт обретения территориальной группой международной правосубъектности.

Утверждается, что в основе возникновения такой дихотомии лежит тенденция интернационализации конституционного правопорядка государств и конституционализации современного международного права, обуславливающая тесную связь, взаимодействие и взаимное проникновение национального конституционного и общего международного права.

Доказано, что дихотомия «глобальное / локальное», которая призвана характеризовать пространственные системные характеристики современного социального взаимодействия, выступает не только методологической основой для концепции «глобаллизации», но и важной концептуально-теоретической установкой концепции «локализации», что подчеркивает особую роль местного самоуправления и территориальной группы в заимствовании и трансформировании факторов глобаллизации на локальный уровень существования социума.

Приведенный анализ причин и контекста формирования дихотомии на примере территориальной группы показывает, что «локальное» и «глобальное» не являются оппозиционными составляющими мирового порядка, а выступают неотъемлемой частью как такого порядка, так и друг друга, они являются взаимно детерминированы и взаимно дополняемы, следствием чего выступают процессы роста участия общин в глобальных процессах, что фактически формирует их соответствующую частичную международную правосубъектность, которая находит свою фиксацию в международном договорном праве.

Ключевые слова: глобализация, дихотомия «глобальное / локальное», местное самоуправление, территориальная группа, международная правосубъектность, локализация.

Summary

Denis Bobrovnik. The “local / global” dichotomy as a fundamental concept of the acquisition of international legal personality by a territorial community.

The article examines the “local / global” dichotomy as a fundamental concept of the acquisition of international legal personality by a territorial community.

It is argued that such a dichotomy is based on the trend of internationalization of the constitutional order of states and the constitutionalization of modern international law, which lead to close ties, interaction and mutual penetration of national constitutional and general international law.

It is proved that the global / local dichotomy, which is designed to characterize the spatial systemic characteristics of modern social interaction, is not only a methodological basis for the concept of “globalization”, but also an important conceptual and theoretical guideline of the concept of “localization”, emphasizing the special role of local government and territorial community. in borrowing and transforming the factors of globalization to the local level of existence of society.

Emphasis is placed on the fact that given the clearly insufficient level of research and doctrinal support and provision of the global / local dichotomy, it is characterized by an appropriate level of illogicality and contradiction – due to diametrically opposed authorial positions, which sometimes leads to completely different definitions and understandings of global and local.

The analysis of the causes and context of the formation of the dichotomy on the example of the territorial community shows that “local” and “global” are not oppositional components of the world order, but are an integral part of both this order and each other, they

are mutually determined and complementary – resulting in the growth of community participation in global processes, which in fact forms their respective partial international legal personality, which finds its fixation in international treaty law.

It is pointed out that the tendency to solve the global / local dichotomy is the emergence of the phenomenon of glocalization, which not only chaotically but then organically combines the parametric features of both states, but also accordingly “tightens” the importance and role of the territorial community. at the local level of society in its existence and functioning, at the global level of measurement, which accordingly justifies giving them international legal personality.

It is summarized that the example of the existence and functioning of territorial communities in their historical, geographical, resource and other dimensions shows that it is due to changes in the conditions of functioning of “local” appears “global”, and it is within the “global” there is currently any which is “local”, actively influencing it –so people, their groups, associations, their social environment – is “local” in its physical nature, but the social practices of these subjects in the conditions of modern permanent changes are transformed into “global”.

Key words: globalization, «global / local» dichotomy, local self-government, territorial community, international legal personality, glocalization.

DOI: 10.3695/2219-5521.2.2020.11

УДК 35.08 (477)

О.Л. КРАВЧУК

Остап Леонідович Кравчук, капітан поліції, оперуповноважений ВКП Шевченківського ВП ГУНП у Львівській області

ORCID: 0000-0002-6189-5931

ІНСТИТУТ ПРИСЯГИ В РІЗНИХ ГАЛУЗЯХ ПРАВА: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Відомо, що першоосновою інституту присяги є норма права, в якій закріплено текст присяги та суб'єкт, який її складає. У зв'язку з цим виникає потреба визначити правовий зміст тексту присяги, а відтак отримати практичне розуміння та правильне застосування поняття «порушення присяги». Проте саме порівняльний аналіз текстів присяг, закріплених у нормативно-правових актах, дасть нам змогу більш глибоко проаналізувати їх щодо правового навантаження дефініції «присяга», встановити, чи це все-таки юридичні обов'язки, а чи формальні обіцянки, адже особливістю цього інституту є те, що використовується він у різних галузях права як підстава юридичної відповідальності. Тому принципово важливо з'ясувати можливі наслідки порушення присяги, тобто, порушення це обов'язків чи моральних засад державної служби. Також спробуємо визначити, кому складають присягу, як врегульовано відносини між тими, хто її складає, і тими, перед ким її складають. Це дасть змогу з'ясувати правовий характер присяги.

Особливістю інституту присяги є те, що він об'єднує і поширюється на осіб, які перебувають на публічній службі. Згідно з п. 17 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України, публічною службою є «... діяльність на державних політичних посадах, у державних колегіальних органах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, інша державна служба, патронатна служба в державних органах, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування»¹. Часто під публічною службою розуміють публічну діяльність. Взагалі поняття публічної діяльності не має законодавчого визначення, проте очевидно, що воно окреслюється видами служб. М.І. Цуркан до публічної діяльності відносить: а) діяльність на державних політичних посадах; б) професійну діяльність суддів; в) державну службу; г) службу в органах місцевого самоврядування².

Як наголошує В.О. Андреев, законодавець не дає чіткого визначення Присяги державного службовця як правового та державно-управлінського феномена в механізмі проходження державної служби, що своєю чергою унеможливує формування висококваліфікованого кадрового складу державної служби. Саме поняття, зміст, сутність Присяги державного службовця досі мало досліджені й теоретично недопрацьовані. Крім того, аналіз чинного законодавства та наукових джерел свідчить про відсутність єдиного підходу до Присяги державного службовця як до механізму набуття громадянином України відповідного управлінського та правового статусу, що негативно впливає на функціонування органів державного управління загалом і спричиняє колізії в законодавстві³. Тож варто підтримати думку С.В. Данилів про те, що на законодавчому рівні слід визначити єдиний підхід до регулювання присяги щодо всіх публічних службовців, а саме: уніфікувати зміст присяги, правове регулювання, визначити порядок її прийняття та юридичну відповідальність за її порушення для усунення колізій у чинному законодавстві і підвищення авторитету публічної служби загалом⁴.

В Україні присягу складають: Президент України (ст. 104 Конституції України⁵), народні депутати (ст. 79 Конституції України⁶); посадові особи органів місцевого самоврядування (ст. 11 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 7 червня 2001 р. № 2493-III⁷), військовослужбовці (постанова Верховної Ради України «Про текст Військової присяги» від 6 грудня 1991 р. № 1936-XII⁸), працівники поліції (ст. 64 Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. № 580-VIII⁹, наказ Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку складання Присяги працівниками Національної поліції» від 9 листопада 2015 р. № 1453¹⁰), судді, що призначаються на посаду вперше (ст. 57 Закону України

«Про судоустрій та статус суддів» № 1402-VIII від 2 червня 2016 р.¹¹), судді Конституційного Суду України (ст. 17 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII¹²), свідки, експерти та присяжні у суді (ст. ст. 352, 356, 388 Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI¹³); члени Вищої ради правосуддя (ст. 19 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. № 1798-VIII¹⁴); прокурори (ст. 36 Закону України «Про прокуратуру» № 1697-VII від 14 жовтня 2014 р.¹⁵); громадяни, які приймаються на державну службу вперше (ст. 36 Закону України «Про державну службу» № 889-VIII від 10 грудня 2015 р.¹⁶), адвокати (ст. 11 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 5076-VI від 5 липня 2012 р.¹⁷); нотаріуси (ст. 6 Закону України «Про нотаріат» № 3425-XII 2 вересня 1993 р.¹⁸) та інші.

Щодо Президента, то, згідно зі ст. 104 Конституції України при вступі на пост він складає присягу, яка є офіційною та урочистою обіцянкою виконувати обов'язки, пов'язані із здійсненням своїх конституційних повноважень. Текст її такий: «Я, (ім'я та прізвище), волею народу обраний Президентом України, заступаючи на цей високий пост, урочисто присягаю на вірність Україні. Зобов'язуюсь усіма своїми справами боронити суверенітет і незалежність України, дбати про благо Вітчизни і добробут Українського народу, обстоювати права і свободи громадян, додержуватися Конституції України і законів України, виконувати свої обов'язки в інтересах усіх співвітчизників, підносити авторитет України у світі»¹⁹.

Присязі Президента властивий насамперед особливий урочистий, навіть церемоніальний порядок. Як правило, це ціла процедура інавгурації, із використанням правових та релігійних символів (праву руку кладе на Конституцію України і Пересопницьке Євангеліє), приведенням Президента до присяги іншою особою, Головою Конституційного Суду України тощо. Далі, хоча в тексті і вказано, що присягає він на вірність Україні, але фактично під цим розуміється Український народ. Присяга Президента, як і будь-яка інша, юридично закріплена, містить вимоги, які Президент повинен неухильно виконувати, оскільки сам є гарантом Конституції. Варто зазначити, що текст присяги Президента найбільше позбавлений оціночних понять. Порівняймо її з присягою інших представників влади.

Парламентарії України складають перед Верховною Радою України присягу такого змісту: «Присягаю на вірність Україні. Зобов'язуюсь усіма своїми діями боронити суверенітет і незалежність України, дбати про благо Вітчизни і добробут Українського народу. Присягаю додержуватися Конституції України та законів України, виконувати свої обов'язки в інтересах усіх співвітчизників». Наявність у тексті слів «зобов'язуюсь», «додержуватись» закладає в присязі обов'язки. Проте про обов'язок дотримуватися присяги нагадує тільки п. 2 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про статус народного депутата України»²⁰.

Водночас відповідальності за порушення присяги не передбачено ні в спеціальному Законі, ні в Конституції України. Це прямо випливає зі ст. 81 (про повноваження народних депутатів) та ст. 108 Конституції України (про повноваження Президента України), у яких встановлено обставини, за яких повноваження припиняються, і серед них немає порушення присяги. Так само ні Закон про статус депутата, ні Закон про регламент Верховної Ради України не містять навіть натяку на трудові відносини депутата при виконанні ним обов'язків, узятих під присягою. Щоправда, передбачено наслідки відмови скласти присягу – втрата депутатського мандата. Тому складається ситуація, за якої представники Українського народу фактично є безкарними перед тими, хто їх обирає і кому вони присягають, а присягають вони Україні, тобто Українському народу. Принаймні зрозуміло, представниками якої країни вони є. Зазначимо також, що текст присяги народного депутата України не містить явних обов'язків морально-етичного характеру. Відповідальність депутата є способом контролю виборців за його діяльністю, реалізовується виборцями, а також самим парламентом. Видається, що невід'ємною частиною конституційно-правового статусу народного депутата має бути його юридична відповідальність за порушення взятих на себе зобов'язань присяги.

Отже, присяга народного депутата України є юридично значущою тільки для набуття правового статусу. Хоча щодо моменту набуття правосуб'єктності народних депутатів України варто зазначити, що вона набувається у результаті народного волевиявлення (конституційний склад Верховної Ради України обирається шляхом голосування) та внаслідок складення присяги (перед вступом на посаду народний депутат складає присягу)²¹.

Вступ громадян України, які вперше зараховуються на державну службу, обумовлений складенням присяги. Відповідно до ст. 36 Закону України «Про державну службу» вони приймають присягу такого змісту: «Усвідомлюючи свою високу відповідальність, урочисто присягаю, що буду вірно служити Українському народові, дотримуватися Конституції та законів України, втілювати їх у життя, поважати та охороняти права, свободи і законні інтереси людини і громадянина, честь держави, з гідністю нести високе звання державного службовця та сумлінно виконувати свої обов'язки»²².

Згідно зі ст. 11 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» громадяни України, які вперше приймаються на службу в органи місцевого самоврядування, у день прийняття відповідного рішення також складають присягу, яка передбачає практично такі самі зобов'язання, що й для державних службовців²³. Вони присягають на вірність народові України, а не конкретному органу, територіальній громаді. Так у присязі знаходить вияв конституційне положення про те, що джерелом влади є народ України, і саме йому адресована присяга, яку складає держслужбовець.

Одним із принципів державної служби, згідно із ст. 4 Закону України «Про державну службу», є принцип законності. А серед основних обов'язків державних службовців є додержання Конституції України та законів України, діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 8 Закону України «Про державну службу», ст. 8 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», а також ст. 19 Конституції України). Основні обов'язки державних службовців є спільними для всіх службовців, незалежно від посади, яку вони обіймають.

Юридичне значення присяги полягає в тому, що, як зазначено в Рішенні Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про Вищу раду юстиції» від 11 березня 2011 р. (№ 2-рп/2011), присяга має правову природу одностороннього, індивідуального, публічно-правового, конституційного зобов'язання державного службовця. Вона є особистою обіцянкою про вірність служби народові України²⁴.

Варто зазначити, що в присязі згадуються обов'язки морального характеру: сумлінність, гідність та вірність. Через це текст присяги і створює подвійну відповідальність за порушення, невиконання основних зобов'язань – моральну та юридичну. Тому під час аналізу змісту присяги стає зрозуміло, що вона є нечіткою й абстрактною, наділена невизначеними та оціночними поняттями. М. Бару наголошував, що застосування оціночних понять розширює сферу суб'єктивного бачення у вирішенні конкретних питань, які зачіпають права й інтереси і підприємств, і окремих працівників²⁵. Це своєю чергою створює труднощі при звільненні службовця за порушення присяги.

Окремий нормативно-правовий акт регулює прийняття присяги військовослужбовцями. Зараз це Закон України «Про національну поліцію» № 580-VIII від 2 липня 2015 р., а до того часу – постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження нового тексту Присяги працівника органів внутрішніх справ України» № 382 від 28 грудня 1991 р.

Так, присяга працівника органів внутрішніх справ та військова присяга – це передусім документ, який формально підтверджує перехід особи, пересічного громадянина, у статус повноправного працівника відповідного органу: «...вступаючи на службу до органів внутрішніх справ України «...вступаю на військову службу...»²⁶. Присягаючи під час вступу на військову службу, на службу в органи внутрішніх справ, людина урочисто клядеться виконувати покладені на неї обов'язки. Проте жоден текст присяги зазначеної категорії осіб не містить визначально-установчих слів про присягу, як юридичний обов'язок, зобов'язання. Йдеться лише про урочисту обіцянку виконувати обов'язки, які стисло також наведено в тексті. У тексті присяги працівників органів внутрішніх справ та військовослужбовців акцентується на усвідомленні відповідальності за ухвалені ними рішення та вчинення дій перед народом України, перед усією державою, тобто перед кожним, з ким можуть виникати правовідносини. Проте, як видається, її складення при вступі на посаду вказаною категорією службовців є лише формальністю. Такий акцент опирається, напевно, на специфічний та складний характер роботи. Складають присягу військовослужбовці та працівники органів внутрішніх справ перед народом України і перед Українською державою.

Раніше про обов'язок дотримання прокурором складеної присяги нагадувала ст. 46-2 Закону України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 р. № 1789-XII (втратив чинність)²⁷, яка встановлювала відповідальність за її порушення у вигляді звільнення з посади. Сьогодні, згідно з новим Законом України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VI²⁸, юридичної відповідальності за порушення присяги прокурор не несе.

Водночас, не применшуючи і не перебільшуючи ролі та значення присяги осіб, які є представниками різних гілок влади, осіб зі спеціальним статусом, проблема ефективності реалізації присяги в Україні найбільшої актуальності набула стосовно суддів, коли порушення присяги було конституційною підставою звільнення з посади. Із внесенням змін до Конституції України від 2 червня 2016 р., яка в новій редакції набула чинності 30 вересня 2016 р., щодо правосуддя, така підстава була вилучена, оскільки свого часу і Венеціанська комісія, і Європейський суд з прав людини стверджували, що порушення присяги – це занадто широке поняття для звільнення судді із займаної посади. І тому законодавець та Президент України, як суб'єкт законодавчої ініціативи, вніс такі зміни, які дозволяють звільняти суддів за більш чіткими критеріями – якщо вони вчинили певні правопорушення.

Однак періоду, коли порушення присяги суддею визнавалося підставою притягнення до відповідальності, варто приділити увагу, бодай з огляду на те, що вимога про складення присяги суддею залишилася, а таке абстрактне «порушення присяги» все ще піддається дискусії та має певні аналогії з порушенням присяги державними службовцями.

У ст. 57 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» передбачено, що особа, призначена на посаду судді, набуває повноважень після складення присяги судді такого змісту: «Я, (ім'я та прізвище), вступаючи на посаду судді, урочисто присягаю Українському народові об'єктивно, безсторонньо, неупереджено, незалежно, справедливо та кваліфіковано здійснювати правосуддя від імені України, керуючись принципом верховенства права, підкоряючись лише закону, чесно і сумлінно здійснювати повноваження та виконувати обов'язки судді, дотримуватися етичних принципів і правил поведінки судді, не вчиняти дій, що порочать звання судді або підривають авторитет правосуддя»²⁹. З тексту цієї присяги зрозуміло, що суддя, беручи на себе обов'язок здійснювати правосуддя, зобов'язується суворо дотримуватись вимог закону та морально-етичних принципів, а також поводитися як порядна, гідна високої посади людина. Як уже ми зазначали, донедавна за недотримання усіх або будь-якої із цих вимог суддя підлягав звільненню з посади. Якщо зміст понять «неупередженість», «незалежність», хоч і з певними труднощами, можна зрозуміти із закону, то зміст п'яти понять: «об'єктивність», «безсторонність», «справедливість», «чесність» та «сумлінність», не пояснено ні в законі, ні в юридичних енциклопедіях.

Аналізуючи рішення Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд), можна дійти висновку, що майже всі поняття, які є в тексті присяги судді України, взаємопов'язані, впливають одне з одного або доповнюють чи повторюють одне одного. До прикладу, Рішення Європейського суду від 25 березня 1983 р. у справі «Мінеллі проти Швейцарії» підтверджує цей висновок: «У ході судового розгляду головуючий, судді, народні засідателі зобов'язані утримуватися від висловлення будь-яких оцінок, висновків щодо розглядуваної справи аж до видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку, таким чином, виключивши будь-які прояви упередженості та необ'єктивності»³⁰.

Наявність у тексті присяги судді України синонімічних, невизначених у законі понять, внаслідок їх невиконання або неналежного виконання, лише створює проблему притягнення судді до відповідальності.

Порівняймо її з присягою судді Конституційного Суду України, яка відповідно до ст. 17 Закону України «Про Конституційний Суд України» звучить так: «Я (ім'я та прізвище), вступаючи на посаду судді Конституційного Суду України, урочисто присягаю на вірність Україні, бути незалежним, чесним і сумлінним при виконанні високих обов'язків судді Конституційного Суду України, забезпечувати верховенство Конституції України, захищати конституційний лад держави, утверджуючи права та свободи людини»³¹. Тож присяга судді Конституційного Суду України також виконує функцію обов'язку. Утім, обидві присяги суддів не містять вимог щодо дотримання морально-етичних принципів. Та попри це, як видається, присяга судді Конституційного Суду України є більш лаконічною і формальною. Тому ця процедура є тільки завершальним етапом обрання та вступу судді на нову посаду – судді Конституційного Суду.

Отже, суддя, що присягає, бере на себе чітко визначене коло зобов'язань, за невиконання чи неналежне виконання яких (тобто порушення присяги) до нього можна застосувати санкції. Колом таких зобов'язань були, очевидно, специфічні умови судової діяльності. Із цього приводу слушною є думка С.В. Прилуцького: «Вони мають зосереджуватись в присязі, являти собою чіткі юридичні категорії, які розширеному тлумаченню не підлягають. Присяга судді повинна стати тим публічно-правовим актом між особою і державою, із змісту якої не буде складно встановити, які дії чи яка поведінка розцінюються як її порушення. Такий підхід насамперед викликаний необхідністю захисту незалежності суддів від неправомірного і безпідставного звинувачення в порушенні присяги. Такі обставини можуть настати саме за умов формалізації змісту присяги, яка буде придатна до інтерпретації. За таких умов будь-якого “неугодного чи непокірного” суддю можливо буде звинуватити в тому, що він не чесний, не сумлінний, не об'єктивний і не справедливий»³².

Отже, для суб'єктів, котрі присягають, юридичним наслідком складення присяги є набуття з тієї миті відповідного статусу та повноважень. І якщо загальне правило для Президента України та народних депутатів, суддів, прокурорів зводиться до того, що на законодавчому рівні за порушення присяги відповідальності нема, то для інших державних службовців така відповідальність все ж існує. У цьому контексті Україна перейняла позитивний досвід тих країн світу, де, зокрема суддя за порушення присяги, якщо воно не містить складу злочину, не звільняється з посади, оскільки ставлення до представників усіх структур державної влади однакове. Звільнення судді з посади за порушення присяги, як самостійної підстави, немає в жодній пострадянській країні. У демократичних країнах значення присяги суддів як такої не ідеалізують. Її розглядають насамперед як урочистий традиційний акт, що наділяє цю подію великим символічним значенням, оскільки ефективність присяги залежить не так від її змісту чи обсягу тексту, як від самих суддів, їхньої правової культури, правосвідомості, моральності та багатьох інших якостей. В Україні, на жаль, ставлення до присяги дещо інше.

Складають присягу і нотаріуси, які не є державними службовцями, але надають публічні послуги, а також самозайняті особи – адвокати.

У ст. 11 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено присягу такого змісту: «Я, (ім'я та прізвище), урочисто присягаю у своїй адвокатській діяльності дотримуватися принципів верховенства права, законності, незалежності та конфіденційності, правил адвокатської етики, чесно і сумлінно забезпечувати право на захист та надавати правову допомогу відповідно до Конституції України і законів України, з високою відповідальністю виконувати покладені на мене обов'язки, бути вірним присязі»³³. А відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 6 цього ж Закону «не може бути адвокатом особа, яка: ... звільнена з посади судді, прокурора, слідчого, нотаріуса, з державної служби або служби в органах місцевого самоврядування за порушення присяги, вчинення корупційного правопорушення, – протягом трьох років з дня такого звільнення»³⁴. Аналізуючи цю норму закону, можна зробити висновок, що в цьому нормативно-правовому акті законодавець надав особливого значення порушенню присяги конкретними суб'єктами (суддею, прокурором, слідчим, нотаріусом, державним службовцем та службовцем органів місцевого самоврядування), також він юридично закріпив порушення присяги як підставу, що унеможливує набуття права на заняття адвокатською діяльністю.

На нашу думку, така ж юридична позиція має бути закріплена у всіх нормативно-правових актах, пов'язаних з прийняттям присяги. Тобто критерієм відбору на будь-яку посаду, що передбачає складання присяги, має бути перевірка кандидата щодо порушення присяги на попередніх місцях праці (посадах). Саме така позиція дасть змогу надати присязі, крім символічного та формального характеру, ще й юридичної сили, а це допоможе наділити присягу обов'язковим характером виконання.

Присяга нотаріуса закріплена у ст. 6 Закону України «Про нотаріат»: «Урочисто присягаю виконувати обов'язки нотаріуса чесно і сумлінно, згідно з законом і совістю, поважати права і законні інтереси громадян і організацій, зберігати професійну таємницю, скрізь і завжди берегти чистоту високого звання нотаріуса»³⁵.

У текстах обох присяг (адвоката та нотаріуса) немає суб'єкта, якому б вони урочисто присягали. Напевно, це той випадок, коли присяга також виконує суто символічну функцію, яка являє собою не щось інше, як мить зміни правового статусу. Тим паче, що ні Закон України «Про нотаріат», ні інший нормативно-правовий акт не встановлюють юридичної відповідальності нотаріуса за порушення присяги чи відмови її скласти. Водночас Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вставлено відповідальність адвокатів за порушення присяги у вигляді позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю, хоча відповідальності за відмову скласти присягу не передбачено. Однак це питання належить радше до прогалін у законодавстві, адже адвокатом і нотаріусом може бути лише особа, яка, окрім усіх передбачених законами вимог, склала присягу. Це пряма вимога обох згадуваних Законів. Посилання ж на слова про честь та совість містять обидва тексти присяги.

Отже, вищезазначене яскраво демонструє наявність аксіологічних понять у змісті правових норм, яких не позбавлене, зокрема, і законодавство в галузі нотаріату, адвокатури тощо. Вочевидь, змістовне наповнення понять «честь», «сумлінність», «совість», «повага», «збереження чистоти» та «високе звання нотаріуса (адвоката)» залежить і від ставлення в суспільстві до професії нотаріуса, адвоката загалом і ставлення останніх до займаної посади, професійних обов'язків тощо. Тобто ці аксіологічні поняття насправді можуть бути наповнені зовсім різним змістом, і цей зміст не є константою, а може змінюватися залежно від багатьох об'єктивних та суб'єктивних чинників³⁶. Присяга для проаналізованих категорій суб'єктів має різний зміст і характер. Для одних – це тільки формальний обов'язок її прийняти, для інших – юридично значущий. Відповідно, різними є і правові наслідки, які виникають через порушення прийнятої присяги.

¹ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон від 06.07.2005 р. № 2747-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

² Цуркан М.І. Правове регулювання публічної служби в Україні. Особливості судового розгляду спорів: монографія. Харків: Право, 2010. С. 42.

³ Андреев В.О. Присяга державного службовця в механізмі проходження державної служби в Україні: дис. ... канд. наук з держ. управл.: 25.00.03 / Нац. акад. держ. управл. при Президентові України, Київ, 2019. С. 25.

⁴ Данилів С.В. Присяга як адміністративний акт. *Jurnalul juridic national: teorie și practică. National law journal: theory and practice / Национальный юридический журнал: теория и практика*. 2016. С. 31.

⁵ Конституція України: Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁶ Там само.

⁷ Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 07.06.2001 р. № 2493-III. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2493-14#Text>

⁸ Про текст Військової присяги: постанова Верховної Ради України від 06.12.1991 р. № 1936-XII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1936-12#Text>

⁹ Про Національну поліцію: Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>

¹⁰ Про затвердження Порядку складання Присяги працівниками Національної поліції: наказ Міністерства внутрішніх справ України від 09.11.2015 р. № 1453. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1487-15#Text>

¹¹ Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>

¹² Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80#Text>

¹³ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

¹⁴ Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21.12.2016 р. № 1798-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-19#Text>

¹⁵ Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>

¹⁶ Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text>

¹⁷ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>

¹⁸ Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>

¹⁹ Конституція України: Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

²⁰ Про статус народного депутата України: Закон України від 17.11.1992 р. № 2790-XII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2790-12#Text>

²¹ Бевзенко В.М. Сутність адміністративної процесуальної правосуб'єктності суб'єктів владних повноважень. *Адвокат*. 2009. № 2 (101). С. 14.

²² Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text>

²³ Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 07.06.2001 р. № 2493-III. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2493-14#Text>

²⁴ Рішення Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про Вищу раду юстиції» від 11.03.2011 р. № 2-рп/2011. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-11#Text>

²⁵ Бару М.И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве. *Советское государство и право*. 1970. № 7. С. 104–108.

²⁶ Про текст Військової присяги: постанова Верховної Ради України від 06.12.1991 р. № 1936-XII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1936-12#Text>

²⁷ Про прокуратуру: Закон України від 05.11.1991 р. № 1789-XII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1789-12#Text> (втратив чинність).

²⁸ Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>

²⁹ Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>

³⁰ Case of *Minelli v Switzerland* (App. no. 8660/79) ECHR, 25 March 1983. *European Court of Human Rights: website*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57540>

³¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80#Text>

³² Прилуцький С.В. Присяга судді: стара категорія – новий правовий зміст. *Право України*. 2001. № 6. С. 105.

³³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>

³⁴ Там само.

³⁵ Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>

³⁶ Черниш В.М., Лихолат І.П. Дух та буква сучасного українського нотаріату Частина 2. Раціональне та позараціональне в принципах сучасного українського нотаріату. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2011. № 10. С. 16.

Резюме

Кравчук О.Л. Інститут присяги в різних галузях права: порівняльний аналіз.

У статті досліджено інститут присяги в різних галузях права, здійснено його порівняльний аналіз. Наголошено, що на законодавчому рівні слід визначити єдиний підхід до регулювання присяги щодо всіх публічних службовців, а саме уніфікувати зміст присяги, правове регулювання, визначити порядок її прийняття та юридичну відповідальність за порушення для усунення колізій у чинному законодавстві й підвищення авторитету публічної служби загалом. Зазначено, що в присязі згадуються обов'язки морального характеру: сумлінність, гідність та вірність. Через це текст присяги і створює подвійну відповідальність за порушення, невиконання основних зобов'язань – моральну та юридичну. Тому під час аналізу змісту присяги стає зрозуміло, що вона є нечіткою й абстрактною, наділена невизначеними й оціночними поняттями. Для суб'єктів, котрі присягають, юридичним наслідком складення присяги є набуття з тієї миті відповідного статусу та повноважень. Присяга для проаналізованих категорій суб'єктів має різний зміст і характер. Для одних – це тільки формальний обов'язок її прийняти, для інших – юридично значущий. Відповідно, різними є і правові наслідки, які виникають через порушення прийнятої присяги.

Ключові слова: присяга, державна служба, держслужбовець, Президент, народний депутат, суддя, адвокат, нотаріус.

Резюме

Кравчук О.Л. Інститут присяги в різних областях права: сравнительный анализ.

В статье исследован институт присяги в разных областях права, осуществлен его сравнительный анализ. Подчеркивается, что на законодательном уровне нужно определить единый подход к регулированию присяги относительно всех публичных служащих, а именно унифицировать содержание присяги, правовое регулирование, определить порядок ее принятия и юридическую ответственность за нарушение для устранения коллизий в действующем законодательстве и повышение авторитета публичной службы вообще. Указано, что в присяге упоминаются обязанности морального характера: добросовестность, достоинство и верность. В результате этого текст присяги и создает двойную ответственность за нарушение, невыполнение основных обязательств – моральную и юридическую. Поэтому во время анализа содержания присяги становится понятно, что она является нечеткой и абстрактной, наделена неопределенными и оценочными понятиями. Для субъектов, которые присягают, юридическим следствием составления присяги является обретения с этого момента соответствующего статуса и полномочий. Присяга для проанализированных категорий субъектов имеет разное содержание и характер. Для одних – это только формальная обязанность ее принять, для других – юридически значимый факт. Соответственно, разными есть и правовые последствия, которые возникают через нарушение принятой присяги.

Ключевые слова: присяга, государственная служба, госслужащий, Президент, народный депутат, судья, адвокат, нотариус.

Summary

Ostap Kravchuk. Social danger, culpability and punishability as indicia of oath-breaking.

The institution of oath is studied, the indicia of oath-breaking are characterized. It is emphasized that a violation of the law (an offense) is not only a subjective guilty behavior, but also an internal psychological attitude, namely the offender's negative attitude towards legal requirements and protected interests. Guilt stipulates for the subject's awareness of the meaning of his actions and their consequences, not only as factual circumstances, but also in the sense of their socially dangerous illegal nature. If there is no guilt, there may not be any legal liability, and in this case, it may be a casus. It is noted that it is extremely difficult to determine the guilt in the offense of oath-breaking, and in some cases, it is even impossible, because it is often a subjective assessment. This is also due to the nature of the work performed by civil servants. It is emphasized that the indicium of punishability allows making a clear distinction between different types of offenses, as each of them entails responsibility of a different degree in case of its commission. Since the institution of oath is within the scope of those social relations that are fundamental in the civil service, given the content of the oath, it is obvious that the social danger of oath-breaking is quite significant and harmful to the state and to people. As can be seen, this act infringes on the foundations and organization of public power, civil service, human and civil rights and freedoms, and can lead to serious violations of certain aspects of functioning of the state, society, and any person. It is concluded that there are the characteristics of disciplinary case in oath-breaking, namely public harm, which harms the object of the oath. However, it is not possible to state unequivocally what degree of gravity or harmfulness is inherent in this case, as there is no division of disciplinary cases in the legislation according to the degree of social danger. Although this division can be made on the basis of liability (gravity of punishment) for a particular disciplinary offense (for example, for some offenses the employee may get an admonition, and for others, he may receive a reprimand, and in case of re-offending he may be dismissed, although there are those offences the commitment of which immediately provides an opportunity to dismiss the offender from office and government agency).

Key words: oath, civil service, civil servant, oath-breaking, social danger, culpability, punishability, legal responsibility.

О.В. ЛЕСИК

Оксана Володимирівна Лесик, аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка*

ORCID: 0000-0003-4512-2338

СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН У ВОЛИНСЬКІЙ ГУБЕРНІЇ В СКЛАДІ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ (1793–1917)

Постановка проблеми. У сучасних умовах великий науково-практичний інтерес становить вивчення історичного досвіду правового регулювання земельних відносин у Волинській губернії в складі Російської імперії (1793–1917 рр.), що сприятиме розумінню й висвітленню основ історичного розвитку правового регулювання земельних відносин в Україні. Вивчення і узагальнення цього історико-правового досвіду дасть можливість використати певні досягнення для з'ясування витоків національного земельного права. Історико-правове дослідження цієї теми сприятиме глибшому розумінню захисту права власності та особливості його правового регулювання, підвищенню ефективності функціонування інституту права власності на сучасному етапі утвердження Української держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Деякі питання щодо становлення правового регулювання земельних відносин у Волинській губернії в складі Російської імперії (1793–1917) вивчали такі українські вчені, як М.В. Гримич, А.В. Шевчук, О.П. Прищеп та інші. Особливий інтерес викликає дослідження О. Михайлюка, в якому автор на підставі історичних джерел розкрив, зокрема різні аспекти земельної власності у Волинській губернії в складі Російської імперії.

Формулювання мети статті. Розкриття характерних рис становлення правового регулювання земельних відносин у Волинській губернії в складі Російської імперії (1793–1917).

Виклад основного матеріалу. Як відомо, внаслідок другого (1793 р.) та третього (1795 р.) поділів Речі Посполитої Волинь було приєднано до складу Російської імперії. Ще 1793 р., внаслідок другого поділу Речі Посполитої, до Російської імперії перейшла східна частина Волині й Полісся. Пізніше на теренах старої Волині і двох міст Київщини-Житомира й Овруча було створено волинське намісництво, а згодом постала Волинська губернія (переважно нинішні Рівненська, Волинська і Житомирська області України). Волинська губернія у 1795 р. складалася з 12-ти повітів, а саме: Володимирського, Дубенського, Житомирського, Заславського, Ковельського, Кременецького, Луцького, Новоград-Волинського, Овруцького, Острозького, Рівненського і Старокостянтинівського. У 1795 р. адміністративним центром нової губернії стало містечко Звягель, яке викупили у графині Зубової та пізніше перейменували у Новоград-Волинський¹.

Упродовж XIX – початку XX ст. основну масу населення Волині становили селяни, а край залишався типово аграрним, де питання землі було дуже важливим. Погоджуємося з думкою дослідника Олександра Михайлюка, що «земельна власність не була лише предметом правових і майнових відносин та суто споживчих потреб, але охоплювала незрівнянно більш широке коло явищ, у тому числі емоційних, світоглядних, символічних, міфологічних... Цим багато в чому пояснюється своєрідний ажітаж навколо землі, часом ірраціональний, якщо керуватися лише критеріями прибутковості, ставлення селян до землі, до поміщицького землеволодіння, і гострота земельної проблеми»².

Головнокомандувач російськими військами М. Кречетников видав наказ потурбуватися про присягу з боку місцевої польської шляхти. Ті шляхтичі, які не склали присяги на вірність російській імператриці Катерині II, не могли володіти землями. Монастирські села, монахи яких не склали присяги російській владі, передавалися у державну власність. Усім, хто не бажав присягати на вірність Російській імперії, надавалося три місяці для того, щоб продати свої земельні мастки і покинути імперію. Майно тих, хто не встиг його продати за визначений строк, конфіскували і передавали державі. Таким чином, подальше володіння майном на території імперії було поставлене у залежність від складання присяги³. І це було цілком закономірно, оскільки в тогочасній Російській імперії головним обов'язком підданого була вірність правителю (царю, імператору).

Майже відразу російська влада значну увагу приділила складенню карт земельних ділянок та камеральному опису приєднаних земель – подібно, як і австрійці в 1772 р. вивчаючи нові територіальні надбання. Цими завданнями займалися представники генерального штабу, які перебували на той час на Волині. Передусім було підтверджено права на володіння «коронними маstickами» всім, хто присягнув російському імператорові, мав документально підтверджені права на ці маstickи і залишався вірним своєму обов'язку підданого. Фіксації чиновниками підлягали: назва населеного пункту, власника села (земельного угіддя), кількість людей на маstickу, прибутковість маstickу, форми відробітку селянами тощо. Процес розмежування приватних та державних земель затягнувся на всю першу половину XIX ст., однак «російський» маstickовий фонд на Волині активно зростає. Особливо це активно відбувалося за правління Катерини II, яка роздавала волинські

землі людям із свого оточення. За її наступників у першій третині XIX ст. земельний фонд для роздачі, хоч і зростав, але не високими темпами.

Системи землеволодіння Речі Посполитої та Російської імперії, як і земельних правовідносин на селі, наприкінці XVIII ст. помітно різнилися. Вірогідно, саме тому російська влада не прагнула відразу до їхньої уніфікації, а лише до збереження існуючого становища⁴. Результатом цього стало збереження польського аграрного законодавства, що регулювалося і доповнювалося російською владою шляхом видання різноманітних указів і положень.

Польське повстання 1830–1831 рр. слугувало причиною активнішої розробки російським урядом законодавства про конфіскацію майна шляхтичів, які були учасниками тих подій. Прагнення у майбутньому запобігти подібним виступам зумовило й новий адміністративний поділ. Після повстання новостворені губернії Південно-Західного краю, які перед цим входили до складу варшавського намісництва, були виділені в окремі генерал-губернаторства, на чолі яких поставлено генерал-губернатора Дмитра Бібікова. Київську, Подільську і Волинську губернії об'єднали в Київське генерал-губернаторство (такий адміністративний поділ існував з 1832 до 1914 рр.). Із Д. Бібіковим пов'язуємо проведення інвентарної реформи, яка з-поміж іншого передбачала складання уставних грамот, які визначали поземельні відносини у селі. Втім, чіткого порядку земельних правовідносин встановити не вдалося і це викликало нарікання як з боку поміщиків, так і з боку кріпосних селян. Як зазначає дослідниця звичасвого права Марина Гримич, там, де існували прогалини в законі або законодавство було недосконалим (зокрема на Волині), місцеве населення керувалося звичасвим правом⁵.

Основними категоріями селян на Волині були *державні, кріпосні та чиншові* селяни. Якщо правовий статус перших двох категорій був цілком зрозумілий, то статус третьої категорії – розмитий. Чиншовики не були землевласниками, а орендували певні земельні ділянки, сплачуючи за це чинш. Ця категорія селян з'явилася ще в Речі Посполитій, коли польські пани з метою отримати додаткові доходи стали здавати невеликі земельні ділянки в оренду. Така оренда не була чітко обмежена в часі і не завжди підкріплялася письмовим документом, що в разі земельного конфлікту утруднювало його вирішення у правовому полі⁶. Лише після аграрної реформи 1861 р. в Російській імперії чиншовики отримали право стати повноправними власниками орендованих земель за умов сплати викупних платежів. Утім, юридично статус чиншовиків був вирішений не сповна.

Ведучи мову про орендні відносини, зазначимо, що особливістю земельних правовідносин у волинському селі був низький відсоток договорів оренди. До початку Української революції 1917 р. на українських землях Російської імперії орендними відносинами були охоплені понад 43 % селянських господарств, тоді як на Волині – лише 3 %⁷. На Волині домінував приватновласницький світогляд населення, що хотіло не просто користуватися землею, а продавати її і передавати у спадок.

Щоб збільшити прибутковість своїх господарств, поміщики посилювали експлуатацію селян підвищенням норми панщини або розширенням земельних володінь за рахунок відібраних селянських наділів. Постійно зростала кількість обезземелених селян. Панівною у землеробстві залишалася відстала за своїм характером система чергування сільськогосподарських культур. Як наслідок – низька врожайність та неефективність господарювання⁸. Відсоток кріпаків був одним із найвищих у Волинській губернії (більший тільки у Подільській і Київській губерніях). Так, на середину XIX ст. з 1 528 328 жителів Волині 864 161 (56,54 %) були кріпаками⁹. Поміщицьких селян з них було 417 895 осіб. Відробляти панщину доводилося 2–4 дні на тиждень. Кількість державних селян (ті, що перебували на службі державі), порівняно була невеликою – 28,7 тисяч¹⁰.

Найбільшою проблемою у волинському селі залишалася беззаконня щодо селян-кріпаків, особливо коли злоба накладалася ще й на етнічний ґрунт. Дослідник Даніель Бовуа з цього приводу твердив, що земельний фонд Волині, який перебував у руках поляків, був головною причиною польсько-українських незгод¹¹. На Волині, де основну масу поміщиків становили поляки, до соціальних проблеми додавалися релігійні і національні розходження, роблячи взаємини між селянами та поміщиками більш напруженими, ніж на наддніпрянській Україні. Чиновник державної служби у Рівному Автоном Солтановський зазначав: «Кріпак був особою, яка стояла поза законом. Сікти його можна було скільки завгодно (можна було і до смерті засікти, якщо польський поміщик жив у злагоді з властями). Дружина і доньки кріпаків служили хтєвості і панів і паничів. Жінок сікли нарівні з чоловіками. Сікли кріпаків пани і пані, сікли їх управителі, сікли економи, сікли поліцейські та всілякі інші власті... за судом і без всякого суду...»¹².

У другій половині XIX ст. система кріпосницьких відносин опинилася в кризі. Ця система не могла забезпечити не лише зростання виробництва, а навіть збереження досягнутого рівня. Російський царизм вимушено пішов на реформи, покликані встановити ринкові відносини і гарантувати елементарні потреби селян. Зважаючи на це, були підготовлені «Положення про селян» і «Маніфест», які 19 лютого 1861 р. підписав імператор Олександр II. «Положення...» стосувалося питань особистої залежності селян від поміщиків (скасування кріпацтва) та поземельних відносин. Як наслідок, селяни в Російській імперії здобули низку громадянських прав, як особистих, так і майнових. Зі свого боку, поміщики втратили будь-які права на них. Колишні кріпаки отримали право володіти рухомою і нерухомою власністю, самостійно виступати у суді.

Попри видимі позитиви, селянська реформа мала низку недоліків: ставши вільними, селяни ще декілька років сплачували подушний податок, відбували рекрутчину, зазнавали фізичних покарань. Крім того, вони не могли відмовитися від земельного наділу, який надавався їм за угодою з поміщиком. Якщо зважити на той факт, що поміщик одноосібно визначав, у якому місці надати колишньому кріпакові землю, то закономірно, що селянин отримував гіршу ділянку і нічого не міг з тим подіяти. Водночас до укладення викупної угоди з поміщиком селяни перебували у статусі тимчасовозобов'язаних (до 1883 р.). Невдоволення реформою виявилася і волинські поміщики, земельні мастки яких зменшилася з 4,8 млн дес. до 3,8 млн дес., тобто в поміщиків залишилось 65,8 % землі, якою вони володіли до реформи 1861 р.¹³

Після «великої реформи» 1861 р. правовідносини у волинському селі регулювалися «Місцевим положенням про поземельне облаштування селян, поселених на поміщицьких землях у губерніях Київській, Подільській та Волинській». Це положення містило такі частини, як: I. Про наділ і користування землею; II. Про обмін земель; III. Про користування землею та іншими угіддями; IV. Про звільнення селян із сільських общин і прийняття в них інших осіб¹⁴. Окремі розділи положення регулювали деякі повинності на користь поміщиків, які все ще залишалися після 1861 р.¹⁵ Подібно як і в Галичині, на Волині залишилися панщинні пережитки. У Волинській губернії, наприклад, існувала така форма відробітків як «із влока» (перекручене «волоки» – мірна норма землі).

Зміни 1861 р. спровокували виступ польської земельної шляхти проти російського царизму. Друге польське повстання на Правобережній Україні і Волині відбулося у 1863 р. Учасники польського визвольного руху добре усвідомлювали, що успіх виступу залежить від позиції селянства, здебільшого українського. Однак вплив польської пропаганди на селян був недостатній та й обіцянки, дані керівниками повстання, виглядали непереконливими. Так, у декреті Центрального національного комітету від 22 січня 1863 р. йшлося про передачу у власність селян лише тих земель, які перебували на час повстання у їхньому користуванні та за які вони мали сплачувати податки¹⁶. Положення іншого декрету передбачали, що після перемоги повстання буде наділено всіх безземельних селян, які брали участь у збройній боротьбі з царизмом, ділянками землі з державних земельних фондів у розмірі близько 3 моргів. У випадку загибелі повстанця передбачений наділ передавався його дружині або іншому спадкоємцю. Однак повстання завершилося невдачею, тож всі проекти повстанців залишилися нереалізованими.

Якщо на початок 1863 р. на Правобережжі України шляхті належало до 90 % всіх земельних угідь, то у 1901 р. – 47 % земель регіону¹⁷. Одночасно з конфіскацією земельних маєтків бунтівних польських земельних магнатів відбувався процес роздачі значних земельних володінь російським дворянам. Влада прагнула, аби земля, як основний державний ресурс, перебувала в руках лояльних осіб. Міністерство державного майна видало у квітні 1863 р. циркуляр про проведення секвестру земельних угідь осіб, причетних до повстання. На основі цього рішення Луцький повітовий суд, наприклад, отримав розпорядження провести секвестр маєтків шляхтичів Волинської губернії І. Блажовського, Ф. Скуржинського, О. Вележинського та інших учасників повстання¹⁸.

Під впливом польського повстання 1863 р. наділи українських селян були збільшені у Волинській губернії на 21,2 %¹⁹ (українські селяни наділялися землею за викуп). Тим самим уряд намагався також підірвати позиції польської шляхти в регіоні. Побоюючись за втрату своїх земель, більшість польських шляхтичів погоджувалися бути лояльними Російській імперії. Однак, навчена негативним досвідом польської нелояльності, російська влада пішла на безпрецедентний крок, ухваливши 10 грудня 1865 р. указ про заборону особам польської національності купувати нові землі (фактично, указ діяв до революції 1905 р.). Впроваджувалися обмеження і через віросповідання: за «Законом про обмеження приналежного селянам католицького віросповідання права придбання земельної власності у дев'яти західних губерніях» розмір земельних володінь «іновірців» не міг перевищувати 60 десятин²⁰.

Подібно як в Галичині після скасування панщини, так само і на Волині після 1861 р. гострою залишалася проблема сервітутів. Інколи селяни діяли на власний розсуд, завдаючи шкоди поміщикам, які скаржилися на такі дії. Наприклад, в одній такій скарзі на адресу Київського генерал-губернатора йшлося: «Право це (сервітутів) ущемляє права поміщиків, позбавляє їх можливості вдосконалити своє господарство»²¹. Однак подібних скарг поміщиків було значно менше за кількість скарг селян.

Сервітуту були найпоширенішим явищем з-поміж усіх українських земель в Російській імперії саме на Волині (тут ними користувався 71 % господарств). Поширеними були лісові сервітуту – збирання в лісі, належному поміщикові, ягід, грибів чи хмизу. Досить складно було домогтися отримати з таких сервітутів сухостій на зиму (селяни інколи зловживали і вирубували не тільки сухі дерева). Ще проблемнішим виглядало питання сервітутних пасовищ, адже, на думку поміщиків, це не давало їм можливості на свій розсуд визначати, що з цією землею робити: наприклад, у документах було прописане сервітутне право на пасовисько конкретної землі, а вони захотіли зорати й засіяти цю землю²².

Поряд із спробами юридично врегулювати питання сервітутів російська влада наприкінці XIX ст. повернулася до визначення статусу селян-чиншовиків, значна частка яких, як ми вже зазначали, проживала на Волині. У 1886 р. було видано «Закон про поземельний устрій сільських вічних чиншовиків у губерніях Західних і Білоруських» Задля цього створювали спеціальні адміністративні органи, покликані врегулювати проблему. На думку багатьох дослідників, чиншова реформа 1886 р. загострила земельне питання в аграрно перенаселеному волинському регіоні. Частина колишніх чиншовиків стали шукати кращої долі у найближчих містах²³.

У підсумку реформи, володіння, надбані раніше 21 серпня 1840 р. (часу інвентарної реформи), визнавалися вічно чиншовим, щоправда, за умови існування письмового документа: грамоти, привілею, договору, контракту, пожалування. У випадку відсутності письмового документа до уваги бралися усні свідчення людей, які під присягою могли засвідчити передачу в оренду поміщиком конкретної ділянки землі визначеній особі. Якщо землеволодіння датувалося періодом 21 серпня 1840 р. – 9 червня 1876 р., то уряд міг надати право на викуп за умови письмових доказів або навіть розміщення ділянки поміж інших подібних. Селяни, землекористування яких розпочалося пізніше 1876 р., не володіли правом викупу ґрунту за підтримки держави. Особам, яким було відмовлено в набутті права власності на землю, залишалася можливість довести свої права на ріллю упродовж п'яти років. Можна було скористатися рішенням суду, але для цього слід мати переконливі докази. Якщо за вказаний час довести це не вдавалося, то такий селянин зобов'язувався покинути земельну ділянку²⁴. Загалом, станом на липень 1895 р. у Волинській губернії чиншові права було визна-

но майже за 70 тис. осіб (це – 77 % від загальної кількості тих, хто претендував на таке право). Ці чиншовики отримали майже 55 тис. дес. землі, як присадибної, так і польових угідь²⁵. Намагання у судовому порядку домогтися юридичного закріплення за собою земельних угідь, якими чиншовики користувалися тривалий час, але не мали на це підтверджувальних документів, завершувалися не завжди успішно.

У судових справах сторони часто посилалися на звичаєве право, ігноруючи окремі норми офіційного права. Навіть загальне Положення про селян (п. 107) передбачало дозвіл вирішувати земельні спори на основі місцевих звичаїв. Траплялося, що по подібних справах різні волосні суди виносили діаметрально різні рішення. У листі Волинського губернатора до Київського генерал-губернатора йшлося (1892 р.): «Нерідко навіть на одному засіданні вирішуються по-іншому, як наприклад, суперечки між братами і сестрами; в одних справах суд присуджує частину землі сестрам, а в інших – відмовляє. Що стосується визначення частки в спадку, то і в цьому випадку спостерігається повне свавілля».

Історико-правовий аналіз діяльності волосних судів Волині демонструє те «юридичне свавілля», про яке доповідали Київському генерал-губернаторові посадовці місцевих адміністрацій. У звіті про перевірку йшлося, що «угоди про продаж селянами земельних присадибних і польових угідь виконуються з порушеннями», «різного роду угоди складаються без свідків», люди «уникають фіксування угод у судових книгах»²⁶. Були відсутні записи не лише купівлі-продажу, а й оренди та спадку. На цьому прикладі бачимо, наскільки ситуація на Волині різнилася від тієї, що спостерігалася в Галичині – юридичної дисципліни в останній було значно більше.

Станом на початок ХХ ст. економічні процеси в Російській імперії зумовили перетворення поміщицьких маєтків тогочасної Волині на сільськогосподарські підприємства, які працювали на ринок. В основному у волинському селі виникали підприємства з цукроваріння та винокуріння. Такі підприємства розпоряджались великими земельними володіннями, власниками яких зокрема були Радзивіли, Сангушки, Любомирські, Потоцькі та інші родини²⁷. Крім винокуріння, Волинь була лідером з виробництва спирту, який продавали в інші губернії.

Зміни у земельних правовідносинах на українських землях у складі Російської імперії була покликана внести т.зв. столипінська реформа (за прізвиськом міністра внутрішніх справ П. Столипіна). Однак столипінське законодавство не зачіпало основ поміщицького землеволодіння. Щоб збільшити прошарок заможних селян-власників, російська влада почала руйнувати общинні порядки і запроваджувати приватне землеволодіння. Зубожілим селянам надавалася можливість переселитися в малозаселені райони країни (в основному Сибір)²⁸. Зазначимо, що за кількістю мігрантів серед усіх українських губерній Волинь мала найнижчі показники (1,5 % з усіх переселенців)²⁹. На початку ХХ ст. середній розмір земельного наділу в Східній Галичині становив 6 акрів – на 3 акри менше, ніж у найбільш перенаселеній Волинській губернії з російського боку кордону. До того ж, земля на Волині була родючіша, ніж у Галичині³⁰.

Російський імператор Микола II 9 листопада 1906 р. підписав підготовлений П. Столипіним Указ «Про доповнення деяких постанов діючого закону щодо селянського землеволодіння і землекористування». Указ передбачав такі заходи: 1) виділення селян з общини і закріплення за ними землі у приватне володіння; 2) закладення хутірського господарства; 3) переселення селян з районів, охоплених безземеллям в райони, де землі є в достатку³¹ (так почнеться переселення українських селян у Сибір, Зелений клин, Малиновий клин). Переселення з Волинської губернії селян у пошуку землі почалося ще до столипінської реформи. Упродовж 1896–1914 рр. з регіону виїхало 63 тис. малоземельних селян³². Попри еміграційний чинник, суть аграрної реформи зводилася до створення у майбутньому заможного селянина, наділення його землею із земельного фонду. П. Столипін прагнув створити в імперії аграрний лад у формі дрібних та середніх господарських господарств, невеликих дворянських садиб, об'єднаних органами місцевого самоуправління на селі.

Висновки. Отже, у земельних правовідносинах на Волині у складі Російської імперії (кінець ХVІІІ – поч. ХХ ст.) спостерігалися певні особливості, не притаманні іншим українським регіонам. По-перше, тут відчувалися сильні впливи польського права, які цілковито не вдалося усунути з практичного вжитку. По-друге, на Волині значний вплив мало місцеве звичаєве право, покликане регулювати земельні правовідносини (від купівлі-продажу – до спадку). По-третє, значну роль у господарському і суспільному житті краю відігравали великі землевласники. На початку ХХ ст. найбільша кількість землі на території Волинської губернії перебувала у власності великих землевласників (у тому числі німецьких і чеських колоністів), натовість селянство, яке становило найбільшу групу населення тогочасної Волині, володіло незначною кількістю землі. У той час відбувалася еволюція земельних правовідносин на селі, наслідком чого стало скорочення кількості поміщицьких господарств і соціальне розшарування селянства.

¹ Рачковський Г. Списки поселень Волинської губернії другої половини ХІХ – початку ХХ століття як джерело до вивчення сільських поселень. *Вісник Львівського університету*. 2019. Спецвипуск. С. 816 (Серія «Історична»).

² Михайлюк О. Взаємини між селянами та поміщиками в українських губерніях Російської імперії на початку ХХ ст. *Питання аграрної історії України та Росії*. Матеріали дев'ятих наукових читань, присвячених пам'яті Д.П. Пойди. Дніпропетровськ, 2012. С. 106.

³ Брославський В. Землеволодіння та землекористування на Правобережній Україні в кінці ХVІІІ ст. *Наукові записки*. Вінницький державний педагогічний університет імені Михайла Коцюбинського. 2007. Вип. ХІІ. С. 21 (Серія «Історія»).

⁴ Рудакова Ю. Основні аспекти земельної політики Катерини ІІ та Павла І на території Правобережної України (на прикладі Волині). *Дрогобицький краєзнавчий збірник*: зб. наук. праць. 2003. Вип. VII. С. 243.

⁵ Гримич М. Звичаєве цивільне право українців ХІХ – початку ХХ століття. Київ: Арістей, 2006. С. 75.

⁶ Шевчук А. Земельний устрій чиншовиків Волинської губернії за законом 1886 р.: політика царської влади стосовно національної меншини. *Волинські історичні записки*. 2008. Т. 1. С. 143.

- ⁷ Панченко П., Шмарчук В. Аграрна історія України. 2-ге вид. випр. і доп. Київ: Знання, 2000. С. 77.
- ⁸ Сарбей В. Національне відродження України. Київ: Видавничий дім «Альтернативи», 1999. Т. 9. С. 87.
- ⁹ Гуржій І. Розклад феодально-кріпосницької системи в сільському господарстві України першої половини XIX ст. Київ: Державне видавництво політичної літератури УРСР, 1954. С. 24.
- ¹⁰ Там само. С. 98.
- ¹¹ Бовуа Д. Битва за землю в Україні (1863–1914). Поляки в соцієтнічних конфліктах. Київ: Критика, 1998. С. 148.
- ¹² Сарбей В. Вказана праця. С. 90.
- ¹³ Буравський О. Поляки Волині у другій половині XIX – на початку XX ст. Житомир: Вид-во ЖДУ, 2004. С. 53.
- ¹⁴ Из «Общего положения о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» об устройстве общественного управления сельских обществ и волостей. 1861 г. URL: <http://docs.historyrussia.org/ru/nodes/103188-iz-obschego-polozheniya-o-krestyanah-vyshedshih-iz-krpepostnoy-zavisimosti-ob-ustroystve-obschestvennogo-upravleniya-selskih-obschestv-i-volostey-1861-g> (дата звернення: 21.05.2020).
- ¹⁵ Гримич М. Вказана праця. С. 62.
- ¹⁶ Галушка А. Польське повстання 1863 р. у Правобережній Україні. У кігтях двоголавих орлів. Творення модерної нації. Харків: КСД, 2016. С. 168.
- ¹⁷ Панченко П., Шмарчук В. Вказана праця. С. 35.
- ¹⁸ Буравський О. Вказана праця. С. 39.
- ¹⁹ Економічна історія України. Історико-економічне дослідження в двох томах / ред. рада Г. Боряк та ін. Київ: Ніка-Центр, 2011. Т. 1. С. 609.
- ²⁰ Буравський О. Вказана праця. С. 54.
- ²¹ Гримич М. Вказана праця. С. 299.
- ²² Там само. С. 307.
- ²³ Прищепя О. Міста Волині у другій половині XIX – на початку XX ст. Рівне: ПП ДМ, 2010. С. 66.
- ²⁴ Шевчук А. Вказана праця. С. 146.
- ²⁵ Пойда Д. Крестьянское движение на Правобережной Украине в пореформенный период 1866–1900 гг. Днепропетровск: ДГИ, 1960. С. 50.
- ²⁶ Гримич М. Вказана праця. С. 435.
- ²⁷ Павлюк В. Магнатерія Волині в умовах розвитку ринкових відносин у другій половині XIX ст. *Український історичний журнал*. 2000. № 1. С. 106–107.
- ²⁸ Сарбей В. Вказана праця. С. 286–287.
- ²⁹ Буравський О. Вказана праця. С. 63.
- ³⁰ Плохій С. Брама Європи. Історія України від Скіфських воєн до незалежності. Харків: КСД, 2016. С. 243.
- ³¹ Панченко П., Шмарчук В. Вказана праця. С. 71.
- ³² Розовик О. Участь ходоців Волині у виборі земельних ділянок для переселення на південь України (1920-ті – початок 1930-х рр.). *Гілея: науковий вісник збірник: зб. наук. праць*. 2016. Вип. 111. С. 57.

Резюме

Лесик О.В. Становлення правового регулювання земельних відносин у Волинській губернії в складі Російської імперії (1793–1917).

Стаття присвячена характеристиці становлення правового регулювання земельних відносин у Волинській губернії в складі Російської імперії (1793–1917).

Автор зазначає, що в земельних правовідносинах на Волині у складі Російської імперії (наприкінці XVIII – початку XX ст.) спостерігалися певні особливості: відчувалися сильні впливи польського права, що цілковито не вдалося усунути з практичного застосування; на Волині значний вплив мало місцеве звичаєве право, покликане регулювати земельні правовідносини (від купівлі-продажу – до спадку).

Зроблено висновок, що на початку XX ст. найбільша кількість землі на території Волинської губернії перебувала у власності великих землевласників, натомість селянство, яке становило найбільшу групу населення тогочасної Волині, володіло незначною кількістю землі.

Ключові слова: правове регулювання, земельні правовідносини, право власності, Волинська губернія, Російська імперія.

Резюме

Лесык А.В. Становление правового регулирования земельных отношений в Волынской губернии в составе Российской империи (1793–1917).

Статья посвящена характеристике становления правового регулирования земельных отношений в Волынской губернии в составе Российской империи (1793–1917).

Автор отмечает, что в земельных правоотношениях на Волыни в составе Российской империи (в конце XVIII – начале XX вв.) наблюдались определенные особенности: ощущались сильные влияния польского права, полностью не удалось устранить по практическому применению; на Волыни сильное влияние имели местное обычное право, призванное регулировать земельные правоотношения (от купли-продажи – до наследства).

Сделан вывод, что в начале XX в. наибольшее количество земли на территории Волынской губернии находилось в собственности крупных землевладельцев, а крестьянство, составлявшее самую большую группу населения тогдашней Волыни, владело небольшим количеством земли.

Ключевые слова: правовое регулирования, земельные правоотношения, право собственности, Волынская губерния, Российская империя.

Summary

Oksana Lesyk. Formation of legal regulation of land relations in the Volyn province as part of the Russian Empire (1793–1917).

In modern conditions of great scientific and practical interest is the study of historical experience of legal regulation of land relations in the Volyn province as part of the Russian Empire (1793–1917), which will help to understand and highlight the basics of historical development of legal regulation of land relations in Ukraine. The study and generalization of this historical and legal experience

will make it possible to use certain achievements to clarify the origins of national land law. Historical and legal research of this topic will contribute to a deeper understanding of the protection of property rights and the peculiarities of its legal regulation, increase the efficiency of the institution of property rights at the present stage of establishment of the Ukrainian state.

The article is devoted to the characteristics of the formation of legal regulation of land relations in the Volyn province as part of the Russian Empire (1793–1917).

The author notes that in land relations in Volyn as part of the Russian Empire (late XVIII – early XX centuries.) There were certain features not typical of other Ukrainian regions: there were strong influences of Polish law, which could not be completely eliminated from practical application; in Volyn, local customary law, designed to regulate land relations (from purchase and sale to inheritance), had a strong influence; significant role in the economic and social life of the region was played by large landowners.

It is concluded that in the early twentieth century, the largest amount of land in the Volyn province was owned by large landowners (including German and Czech colonists), while the peasantry, which was the largest group of the population of the then Volyn, owned a small amount of land. At that time there was an evolution of land relations in the countryside, resulting in a reduction in the number of landed estates and social stratification of the peasantry.

So, in the land legal relations in Volyn as a part of the Russian Empire (the end of the XVIII – the beginning of the XX century) certain peculiarities were observed, which were not peculiar to other Ukrainian regions.

Key words: legal taxiing, land legal relations, property law, Volyn province, Russian Empire.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.13

УДК 340.15

Ю.В. ОЛІЙНИК

*Юрій Вадимович Олійник, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0002-8675-8044

ПОРЯДОК РОЗГЛЯДУ СПРАВ У ЛЬВІВСЬКОМУ АПЕЛЯЦІЙНОМУ СУДІ (1919–1939 РР.)

Постановка проблеми. У сучасних умовах реформування судової системи в Україні важливе значення має вивчення історико-правового досвіду діяльності Львівського апеляційного суду, який поширював свою юрисдикцію на територію Західної України під владою Другої Речі Посполитої (1919–1939 рр.).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Деякі питання щодо порядку розгляду справ у Львівському апеляційному суді вивчали такі українські вчені, як І.І. Бойко, О. В. Липитчук, Б. Й. Тищик та інші.

Формулювання мети статті (постановка завдання). Розкриття характерних рис порядку розгляду справ у Львівському апеляційному суді (1919–1939 рр.).

Виклад основного матеріалу. Львівський апеляційний суд було утворено на базі Львівського вищого крайового суду 14 травня 1919 р. Правовою основою його утворення було спільне розпорядження міністра внутрішніх справ та міністра справедливості № 47866 від 14 травня 1919 р. Сфера його юрисдикції розповсюджувалася на такі окружні суди: Бережанський окружний суд охоплював своєю діяльністю Бережанський, Підгаєцький, Рогатинський і частину Бібрського і Перемишлянського повітів (гродські суди – в Більшівцях, Бережанах, Бурштині, Ходорві, Козові, Підгайцях, Перемишлянах і Рогатині); Чортківський окружний суд охоплював Борщівський, Бучацький, Чортківський, Копичинський і Заліщицький повіти (гродські суди – в Борщові, Будзанові, Чорткові, Золочеві, Товстому і Заліщиках); Коломийський окружний суд поширював свою діяльність на Городенківський, Коломийський, Косівський і Снятинський повіти (гродські суди – в Городенці, Яблуневі, Коломиї, Кутах, Косові, Обертині, Снятині, Заболотові); Львівський окружний суд діяв на території Сокальського, Рава-Руського, Жовківського, Любачівського, Городоцького, Львівського повітів, міста Львова і частини Бібрського повіту (гродські суди – в Белзі, Бібрці); Станіславський окружний суд розповсюджував свою компетенцію на Калуський, Надвірнянський, Станіславський повіти (гродські суди – в Богородичанах, Делятині, Галичі, Калусі, Станіславі, Тисмениці); Стрийський окружний суд охоплював Тернопільський, Тербовлянський, Сокальський, Збаразький повіти (гродські суди – в Микулинцях, Новому Селі, Підволочиську, Тернополі, Тербовлі, Збаражі); Золочівський окружний суд діяв на території Бродівського, Каменецького, Радехівського, Золочівського, Зборівського і Перемишлянського повітів (гродські суди – в Бродах, Буську, Глинянах, Лопатині, Олеську, Підкамені, Радехові, Зборові, Залізцях, Золочеві).

Апеляційний суд у Львові під владою Другої Речі Посполитої (1919–1939 рр.) мав право розглядати апеляційні подання на рішення повітових судів (всього бл. 120 судів округу) у третій та остаточній інстанції, а у випадку оскарження рішень окружних судів (усього 11 судів) – у другій інстанції (третьою інстанцією в такому разі вважався Найвищий суд у Варшаві; після набрання чинності нового Цивільно-процесуального кодексу Польщі при Найвищому суді було створено цивільну палату, яка розглядала справи з львівського апеляційного округу)¹.

Мотивацією подати апеляцію до Апеляційного суду у Львові було передусім прагнення тієї чи іншої процесуальної сторони змінити рішення на свою користь. Причому траплялися випадки, коли апеляції пода-

© Ю.В. Олійник, 2020

* *Yurij Olijnyk, Postgraduate student of Ivan Franko National University of Lviv*

вали і без великої надії на успішний розгляд справи. Наведемо, як приклад, уривок із спогадів авторитетного львівського адвоката Степана Шухевича, який відверто розмірковував щодо однієї справи, яку вів (стилістику викладу збережено): «Завтра є послідній день до внесення подання (мається на увазі апеляційне подання – авт.). До суду увійде доперва в суботу. Заки розглянуть пошту, предсідник піде на обід. У неділю не буде в суді, проте дістане до рук доперва в понеділок, а в понеділок зачинається розправа. Цей внесок мусить піти до президії апеляційного суду для полагождення. Вони його відкинуть, але все ж добре в ряди противника впроваджувати замішання, а може, будуть боятися, що може-може, найвищий суд в дорозі касації признає нам рацію. Не маю надії, аби то нам щось допомгло, але купити – не купити, а поторгувати можна»². Тобто як бачимо, апеляцію могли трактувати і як останню надію на виправлення рішення суду нижчої інстанції³.

У випадках оскарження судового вироку Апеляційний суд у Львові перевіряв рішення суду першої інстанції: залишав у силі, частково задовольняв або скасовував його. Як вища судова інстанція, він міг передати справу на повторний розгляд у той самий суд, який уже розглядав цю справу, або ж в інший суд тієї ж інстанції у межах львівського апеляційного округу. Згідно з нормами процесуального права суб'єктами апеляційного розгляду вважалися ті ж сторони, що й під час розгляду справи в першій інстанції. Суб'єкти апеляційного поділялися на активних (ті, які прагнули домогтися перегляду рішення суду першої інстанції) і пасивних (ті, проти яких був спрямований перегляд рішення). Активними суб'єктами могли виступати, як позивач, так і відповідач, залежно від того, хто з них домагався перегляду конкретної справи⁴. Могли бути присутні на розгляді апеляції і треті особи, що вступили в процес на боці позивача чи відповідача. Такі випадки мали місце, коли справа стосувалася певного підприємства, діяльність якого зачіпала інтереси багатьох осіб⁵.

Апеляцію, як правило, подавала сторона, котра вважала, що її законні права та інтереси порушені; натомість сторона, клопотання якої повністю задовольнив суд першої інстанції, не могла подавати апеляцію. Водночас, коли скарга у суді першої інстанції була задоволена частково, законодавство залишало можливість подавати апеляцію і другій стороні процесу. Законодавство передбачало реалізацію цього права також упродовж двох тижнів (згідно із ст. 397 Цивільно-процесуального кодексу)⁶. Така апеляція отримала назву «взаємної», хоч ст. 404 не подавала такої дефініції і здебільшого термін вживали неофіційно⁷. З метою порівняння зупинимося на порядку подання апеляційної скарги в сучасній Україні. Отже, апеляційна скарга подається апеляційному суду через суд першої інстанції, який виніс оскаржене судове рішення у цивільній справі. Відтак, суд першої інстанції на наступний день після закінчення строку для подання апеляційної скарги надсилає її разом зі справою до апеляційного суду⁸. Водночас у випадку оскарження рішень у кримінальних справах ст. 395 Кримінального процесуального кодексу України передбачає подання апеляції у такі терміни: 1) на вирок або ухвалу про застосування чи відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру – упродовж 30 днів з дня їх проголошення; 2) на інші ухвали суду першої інстанції – упродовж семи днів з дня їх проголошення; 3) на ухвалу слідчого судді – упродовж п'яти днів з дня її оголошення⁹.

У процесах перед Апеляційним судом у Львові в досліджуваній період з часу подання апеляційної скарги до її розгляду могло минути 3–4 тижні, а у т.зв. «арештантських справах» – 2–3 тижні. У випадках, коли конче необхідна була присутність трьох суддів, а не одного, на розгляд справи в Апеляційному судді потрібно було чекати від одного до трьох місяців. Загалом, до винесення вироку могло пройти, причому не тільки у Львові, до чотирьох місяців¹⁰. Однак вивчення архівних справ, розглянутих Апеляційним судом у Львові, свідчить, що чимало спроб розглядали (з періодичним переносом) по року, а то й більше (максимально, що нам траплялося – це до семи років)¹¹. У контексті цього зауважимо, що праця суддів апеляційного суду тривала сім годин у будні дні (судові службовці – вісім годин) і чотири години в суботу (службовці аналогічно). Насправді судді Апеляційного суду у Львові (як і їхні колеги з Варшави) працювали найдовше зпоміж суддів всіх інших апеляційних інстанцій – не менше дев'яти годин щоденно, що пояснюється значною завантаженістю¹².

Згідно з даними польської статистики станом на 1937 р. на одного апеляційного суддю припадало 335 справ у рік, на одного окружного суддю – 863; на одного повітового суддю – 2 700 справ. Ці показники були вищими за визначені Міністерством юстиції Польщі, в яких передбачалася норма для судді Найвищого суду – 200–250 справ, апеляційного суду – 250–300 (з яких 150 апеляцій – на рішення судів першої інстанції), окружного судді – 500–750 справ, повітового судді – 2500–3000 справ¹³. У Апеляційному суді Львова показники були вищими за середньостатистичні. Зростання кількості розглядуваних справ, а відповідно і зменшення часу на ретельне вивчення справи (помилки на стадії підготовки справи до слухання), елементарне перевантаження суддів через нестачу судових працівників і судів загалом, було однією з причин допуску судових помилок, виправляти які мав суд вищої інстанції. Як слушно вважає дослідниця О. Липитчук, на якість судових постанов у першій інстанції впливали й недоліки в системі підготовки суддівських кадрів. Зокрема, підготовка юристів у тодішніх університетах проходила без врахування нових суспільних викликів. Стан судової практики, яку відбували апеляційні посади, також не відповідав потребам підготовки висококваліфікованих суддів першої половини ХХ ст.¹⁴

Межі апеляції встановлювалися вироком суду та апеляційною скаргою (подібно і в чинному українському законодавстві¹⁵). Зміст судового вироку в його резолютивній частині, як правило, встановлював межі обсягу апеляції, за які Апеляційний суд не міг вийти (звичайно, за умови, що при тому не порушено законодавство). Апеляційна скарга таким чином впливала на обсяг діяльності Апеляційного суду у Львові: звужувала його, коли йшлося про перегляд лише певної частини вироку суду першої інстанції, або розширювала його, коли йшлося про перегляд судового вироку цілком. Зважаючи на цей аспект, законодавство завжди чітко вимагало вказувати, щодо чого конкретно апелює та чи інша сторона процесу¹⁶.

Після того як скарга потрапляла до Апеляційного суду, перед ним поставало завдання перевірити правдивість заявленого протесту проти судового вироку¹⁷. Розгляд і перевірку апеляційних вимог Апеляційний суд у Львові міг проводити двома способами. *Перший спосіб*: на підставі поданого матеріалу перевірити оскаржений вирок суду та встановити, чи суд першої інстанції на підставі матеріалу, який був у його розпорядженні, правильно вирішив справу з матеріального і формального боку. У цій ситуації Апеляційний суд обмежувався тільки тим фактичним матеріалом, який слугував основою для оскарженого вироку та тими вимогами, які були заявлені в апеляції. У результаті такого розгляду суд підтверджував правоту суду першої інстанції, змінював вирок відповідно до вимог або повертав справу для поновного розгляду в суді першої інстанції. Діяльність Апеляційного суду у зазначених межах була лише контрольною (формальною) і, як правило, називалася неповною апеляцією. Цей вид діяльності Апеляційного суду у Львові превалує у міжвоєнний період. *Другий спосіб*: Апеляційний суд не розглядав правильність вироку суду першої інстанції в тих межах, які визначені фактичним матеріалом, поданих сторонами, а виносив новий вирок по суті справи. Така діяльність Апеляційного суду нагадувала діяльність першої інстанції та називалася повною апеляцією¹⁸.

В апеляційному поданні були передбачені такі обов'язкові елементи: 1) назва суду другої інстанції, до якої подавалася апеляція (в нашому випадку Апеляційного суду у Львові); 2) ім'я та прізвище особи, яка оскаржувала рішення суду першої інстанції; 3) посилення на рішення суду першої інстанції, що підлягає оскарженню; 4) юридичні підстави необхідності перегляду ухваленого судом рішення (скасування повністю чи частково); 5) подання фактів і процесуальних доказів, які підтверджували апеляційні вимоги тієї чи іншої сторони; підпис адвоката (як правило) чи сторони цивільної справи¹⁹. Однією із складових апеляційної скарги було обґрунтування того, в чому полягала, на думку скаржника, незаконність чи необґрунтованість рішення. Йшлося і про неправильність установлення повітовим чи окружним судом обставин, які були важливими для конкретної справи (або неправильна оцінка доказів)²⁰.

Апеляційна скарга в розглядуваний період мала відповідати чітко визначеним вимогам, зокрема: 1) зазначення чи апеляція спрямована проти всього вироку загалом, чи проти його певної частини; 2) викладення підстав апеляції із вказівкою на потребу долучення нових фактів і доказів, не долучених під час розгляду справи в окружному суді; 3) внесення про зміну вироку або його відхилення (згідно із ст. 395 Цивільно-процесуального кодексу Польщі)²¹. Якщо апеляційна скарга не відповідала вказаним вимогам і була подана з порушенням термінів подачі, її не приймали; натомість апеляційна скарга, підготовлена відповідно до усіх встановлених правил, приймалася до розгляду Апеляційним судом. Копія апеляційної скарги, як веліло законодавство, передавалася іншій стороні процесу²².

Про бажання скористатися апеляцією сторони процесу необхідно було заявити до суду першої інстанції, який розглядав конкретну цивільну справу. У випадку протермінування строку апеляційного оскарження, суд першої інстанції, як йшлося вище, відхиляв апеляційне подання. Суддя суду першої інстанції, який складав спеціальний протокол і реєстрував апеляційне подання від адвоката сторони процесу, зобов'язувався проконтролювати, щоби в документі були чітко вказані підстави оскарження, апеляційні вимоги, важливі обставини справи. Водночас суддя попереджав апелянта про юридичні наслідки подання апеляції²³.

У Львові склалося невелике коло адвокатів, котрі спеціалізувалися на поданнях апеляцій і касацій (форма оскарження). Серед них, зокрема, був і українець С. Шухевич, котрий у книзі «Моє життя» пригадував (стилістику збережено): «Не раз адвокати приходили до мене, – навіть поляки, – щоб їм виготовити касацію. Я це їм робив, але ніколи не давав на тих касаціях своєї фірми з товариських зглядів. Своєю дорогою, за таку прислугу мені плачено... Зі справ, у яких я чужим адвокатам вироблював касації, особливо інтересні були дві: одна проти комуніста Ляша про головну зраду, де я виготовив касацію адвокату Живіцкому проти присуду окружного суду в Самборі, а друга справа якогось польського митного ревідента проти присуду апеляційного суду у Львові, в якій боронили адвокати Пеллех-Личковські і д-р Ян Перацкі. В обох справах присуд ухилено»²⁴.

Разом із тим значним авторитетом користувалися й окремі судді Апеляційного суду у Львові, особливо ті, які працювали ще у Вищому крайовому суді. Наприклад, у першій половині 1920-х рр. таким був суддя Максиміліан Ладижинський, котрий згодом перебрався до Верхньої Сілезії²⁵. Значним, що у Катовіце переїхав працювати ще один суддя з львівського апеляційного округу – А. Френдль. Значним авторитетом у правничих колах Львова користувався суддя Апеляційного суду А. Ланевський, котрий певний час редагував «Суддівський часопис» («*Czasopismo sędziowskie*»), який виходив друком у Львові у 1930-ті рр. Загалом, львівський апеляційний округ став постачальником кадрів в сусідні судові округи, і це при тому, що місцевим судам бракувало кваліфікованих суддів²⁶.

Подання апеляційної скарги автоматично призупиняло виконання рішення суду першої інстанції²⁷. Оскаржений вирок з моменту апеляції втрачав свою законну силу і не міг виконуватися надалі. Польське законодавство дозволяло апелянту відмовитися від апеляції до моменту завершення розгляду справи в Апеляційному суді Львова²⁸. Такі випадки в історії суду трапляються, хоч їх і не було багато. Здебільшого це могло статися, коли сторони раптом полюбовно домовилися вирішити суперечку і не ускладнювати взаємних стосунків, або ж з'явилися нові обставини справи²⁹. Апелянт мав право озвучити відмову, зробивши відповідну заяву перед розглядом справи або скерувати до Апеляційного суду листа. Отримавши лист із відмовою від апеляції, Апеляційний суд мав до початку відкриття засідання скасувати розгляд. Характерно, що юридичними наслідками відмови від поданої апеляції була неможливість вдруге її подати. Крім того, сторона, яка подавала апеляцію, але вирішила від неї відмовитися, зобов'язувалася сплатити всі судові витрати апеляційного провадження.

Предметом апеляції виступав безпосередньо вирок суду першої інстанції. Переглядаючи справу, Апеляційний суд досліджував як фактичну сторону справи, так і її формальну сторону у тому самому обсязі, що

й конкретний окружний суд. Таким чином, перегляд справи в апеляційній інстанції дозволяв гарантувати реалізацію права на судовий захист, позаяк передбачався другий розгляд по суті справи. Рішення апеляційних інстанцій традиційно слугувало орієнтиром для місцевих судів, що допомагало зменшити вірогідність судової помилки³⁰.

Більшість процесуальних кодексів дозволяли наводити в апеляції нові факти та посилатись на нові докази, які не були предметом перевірки й оцінки в суді першої інстанції³¹. У Польщі залишився помітний вплив австрійського процесуального права, яке забороняло подавати в апеляції нові докази на тій підставі, що таким чином мінялася матеріальна частина процесу й вироку суду першої інстанції. Якщо ж сторона оскаржувала вирок у повному обсязі, то з цього автоматично випливало, що апелянт не мав права ставити в апеляційній скарзі нових вимог, про які він не просив в суді першої інстанції. Таким чином, не дозволялося поширювати обсяг апеляції поза межі судового вироку чи змінювати позов по суті³².

При розгляді апеляцій на рішення судів першої інстанції у цивільних справах Апеляційний суд у Львові спочатку керувався нормами австрійської цивільної процедури 1895–1897 рр., а після 1 січня 1933 р. – польського Цивільно-процесуального кодексу. Цей кодекс базувався на засадах диспозитивності, рівності сторін і розпочинався з часу внесення письмової скарги до суду першої інстанції³³. Логічним завершенням процесу було винесення судового вироку, на який існувало право подавати апеляцію. Компетенцію Апеляційного суду визначали ст. ст. 393–418 Цивільно-процесуального кодексу Польщі (Dział VI. Środkiodwoła-wcze. Rozdział I. Apelacja)³⁴.

Після надходження матеріалів справи до Апеляційного суду у Львові його президент призначав відповідального суддю у цій справі, який ретельно вивчав матеріали на юридичну відповідність (згідно зі ст. 401 Цивільно-процесуального кодексу)³⁵. Якщо справа відповідала юрисдикції суду і була оформлена відповідно до встановлених вимог, такий суддя виносив справу на засідання. Якщо ж: 1) справа виходила за межі юрисдикції Апеляційного суду у Львові; 2) її подала особа, яка не була стороною цивільного процесу; 3) апеляцію подали з порушенням встановлених законом термінів, 4) в апеляційній скарзі не чітко зазначалося рішення суду першої інстанції, яке підлягало оскарженню; 5) не чітко вказувалася апеляційна вимога та її правове обґрунтування; 6) якщо суд першої інстанції розглянув цивільну справу, але не мав права її розглядати через визначену законом компетенцію, – то суд не приймав апеляційного подання до розгляду. У випадку, зазначеному під № 6, Апеляційний суд у Львові міг відправити справу на поновний розгляд до суду, юрисдикція якого відповідала порушеному у справі питанню³⁶. Апеляційний суд міг повернути суду першої інстанції цивільну справу для повторного розгляду у випадку, коли: 1) суд нижчої інстанції опустив деякі деталі, які в підсумку вплинули на його рішення; 2) розгляд цивільної справи у суді першої інстанції був неповним, що не створило належної картини справи (згідно із ст. 412 Цивільно-процесуального кодексу)³⁷.

Могла трапитися і така ситуація, коли справу вирішив суддя повітового чи окружного суду, який відповідно до закону не мав права її розглядати (наприклад, був родичем однієї зі сторін процесу), то рішення суду першої інстанції оголошувалося недійсним. Іншими важливими обставинами визнання рішення суду першої інстанції недійсними були порушення у 1) дотриманні вимог щодо складу суду; 2) не було реалізоване право на захист котроїсь зі сторін; 3) справа не підлягала судовому вирішенню; 4) відбулася видима фальсифікація матеріалів справи; 5) рішення суду першої інстанції суперечило саме собі³⁸.

У випадку, коли відповідальний суддя Апеляційного суду у Львові, ознайомившись із матеріалами справи, не знайшов підстав, зазначених вище, він передавав справу на розгляд суду, який мав відбутися у визначені законом терміни. Про дату засідання повідомляли сторони процесу, треті сторони (якщо такі були), адвокатів сторін. Також викликалися свідки та експерти, якщо на їхні покази покликалися сторони в апеляційному листі чи відповіді на нього.

Розгляд цивільної справи в Апеляційному суді Львова розпочинався з того, що призначений відповідальним за конкретну справу суддя знайомив присутніх з матеріалами справи. При цьому він наводив обставини справи, озвучував рішення суду першої інстанції, прописані апеляційні вимоги тощо. Як і за колишнім австрійським процесуальним правом, суддя не мав права висловлювати власну думку з приводу того, яким чином справу необхідно вирішити. Якщо виникала потреба, секретар на судовому засіданні міг зачитати окремі фрагменти з протоколу судового розгляду суду першої інстанції та детально представити всі докази, зупиняючись на показах сторін. Апеляційний суд мав право вимагати додаткові докази у справі, якщо виникала така потреба³⁹.

Після ознайомлення з основними деталями справи Апеляційний суд заслуховував сторони процесу. Згідно з чинним законодавством першим право голосу надавалося апелянтові⁴⁰. Виступи сторін вносилися в протокол апеляційного розгляду цивільної справи тільки в тому випадку й обсязі, в яких вони відрізнялися від їх виступів під час її розгляду судом першої інстанції. Зауважимо, що перегляд справи, передусім цивільної, міг відбутися і без присутності однієї зі сторін чи відразу двох сторін процесу (згідно зі ст. 402 Цивільно-процесуального кодексу)⁴¹.

Сила вироку Апеляційного суду залежала від системи апеляції. У системі неповної апеляції вирок Апеляційного суду мав силу нового вироку лише в тих частинах, які цей вирок змінювали; в інших випадках суд або стверджував лише вирок суду першої інстанції, не виносячи свого вироку по суті справи. При системі повної апеляції вирок Апеляційного суду, навіть у тих випадках, коли він стверджував оскаржений вирок суду першої інстанції, був новим і остаточним ви роком по суті справи і виконувався сторонами при допомозі Апеляційного суду⁴².

Під час судових розглядів у судах першої інстанції часто виникали потреби ухвалення постанов, які також могли не задовольнити ту чи іншу сторону процесу (наприклад, постанова про неприйняття того чи іншого доказу чи експертизи). Польське процесуальне право дозволяло сторонам оскаржити такі судові

постанови перед Апеляційним судом та домагатись перегляду. Під впливом австрійського процесуального права у міжвоєнній Польщі дозволялося подавати скарги на постанови судів першої інстанції окремо від апеляцій⁴³. Зважаючи на таку специфіку, підсилену набуттям чинності цивільного і кримінального процесуальних кодексів, на початку 1930-х рр. виникла потреба упорядкувати документообіг Апеляційного суду у Львові. Розпорядження Міністерства юстиції від 15 грудня 1932 р. рекомендувало здійснювати поділ всіх справ в архіві суду в алфавітному порядку на дві категорії: 1) «СА» – для апеляцій на рішення окружних судів; 2) «СЗ» – скарги на рішення окружних судів (сюди також належали і справи щодо визначення судової компетенції). За президентом Апеляційного суду залишалось право вносити зміни до вимог ведення документообігу, в тому числі і в судах підпорядкованого йому округу⁴⁴.

Розглянувши справу стосовно скарги на рішення суду першої інстанції, у випадку скасування і ухвалення нового або зміни старого рішення, Апеляційний суд у Львові виносив своє рішення. У рішенні Апеляційного суду у Львові, як правило, подавалися причини скасування або підтвердження судових рішень судів першої інстанції (дуже часто у формі загальних фраз). Варто звернути увагу на те, що вирок Апеляційного суду не мав сили негайного виконання у трьох випадках: 1) коли йшлося про зміну цивільного стану; 2) у випадку розлучення; 3) у справі проти державної казни. Питання продажу нерухомості затримувалося до часу набуття чинності остаточного вироку⁴⁵.

Рішення Апеляційного суду у Львові складалося з чотирьох основних частин: вступної, описової, мотивувальної і резолютивної. У *вступній частині* вказувалися час і місце винесення рішення, назва суду (в нашому випадку – Апеляційного суду у Львові), ім'я та прізвище головуючого судді (суддів, якщо справу розглядало троє суддів), ім'я та прізвище протоколіста, назва справи та зазначення осіб – сторін справи. В *описовій частині* зазначалися короткий зміст первісних позовних вимог і рішення суду першої інстанції, суть апеляційної скарги, посилення на докази скаржника, позицію протилежної сторони. У *мотивувальній частині* наводилися мотиви зміни чи скасування рішення суду першої інстанції (звідси і назва цієї частини), наведення встановлених Апеляційним судом обставин, посилення на відповідні статті (включно з пунктами, підпунктами й абзацами) та норми законодавства, згідно з якими ухвалено рішення. І, нарешті, в *резолютивній частині* подавалися висновок Апеляційного суду про зміну чи скасування рішення суду нижчої інстанції (часткове чи повне задоволення позову), висновок по суті позовних вимог, розподіл судових витрат між сторонами процесу, час і порядок набрання законної сили рішення суду⁴⁶.

Висновки. Отже, обсяг діяльності Апеляційного суду у Львові був обмежений вироком суду першої інстанції та вимогами апелянта, визначав лише матеріальний бік діяльності суду і не торкався формального боку цієї діяльності. Справа розглядалася Апеляційним судом за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції (повітовим чи окружним). Апеляційний суд у Львові переглядав справу у повному обсязі або зосереджувався лише на окремій її частині, але лише в межах поданої скарги стороною в процесі. Апеляційний суд розглядав справу по суті й ухвалював рішення, змінюючи рішення нижчого суду, або залишаючи його без змін.

¹ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934. Nr. 112. S. 2411.

² Шухевич С. Мое життя. Спогади. Лондон: Видання української видавничої спілки, 1991. С. 550.

³ Бойко І. Історія правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин в Україні (IX–XX ст.): навч. посіб. для студентів вищих навчальних закладів. Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2014. С. 727.

⁴ Яковлів А. Цивільний процес: курс лекцій. Регенсбург; Мюнхен: Український технічно-господарський інститут, 1948. С. 56.

⁵ *Центральний державний архів України у м. Львові* (далі – ЦДДАУЛ). Ф. 205. Оп. 1. Спр. 1931. Т. 1–3 (Справа про передачу кредиторам майна нафтового товариства «Зегіль» у Надвірній у зв'язку з неспроможністю повернути заборгованості, 1924 р.). Арк. 245.

⁶ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934. Nr. 112. S. 2411.

⁷ Hrobni J. Analityczny rozbiór niektórych problemów z zakresu polskiej procedury cywilnej. *Czasopismo sędziowskie*. Organ oddziału Lwowskiego zreszenia sędziów i prokuratorów RzpltejPolskiej. 1932. Nr. 11–12. S. 277.

⁸ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.

¹⁰ Krzyżanowski L. Sędziowie w II Rzeczypospolitej. Okręgi apelacyjne: krakowski i katowicki. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2011. S. 176.

¹¹ ЦДДАУЛ. Ф. 205. Оп. 1. Спр. 1923 (Справа про обвинувачення адвоката у Львові Рапса Юзефа, судового асесора Хаєка Юзефа та ін. у шахрайстві, 1932–1939). Арк. 120.

¹² Krzyżanowski L. Вказана праця. С. 178.

¹³ Krzyżanowski L. Вказана праця. С. 173.

¹⁴ Липитчук О. Соціально-правові аспекти статусу суддів у міжвоєнній Польщі (1918–1939). *Вісник Львівського університету*. 2015. Вип. 6. С. 159 (Серія «Юридична»).

¹⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.

¹⁶ Яковлів А. Вказана праця. С. 58.

¹⁷ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934. Nr. 112. S. 2411.

¹⁸ Яковлів А. Вказана праця. С. 59.

¹⁹ Kodeks postępowania cywilnego z orzecznictwem Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych nowymi ustawami, okólnikami i rozporządzeniami Min. Sprawiedliwości, Komunikacji oraz Skarbu / Ukl. Bronisław Feller. Kraków: Nakł. Wyd-wa Ustawy Stemp-lowej Kodeksu Postępowania Cywilnego, 1938. S. 396.

- ²⁰ ЦДІАУЛ. Ф. 205 (Прокурор Апеляційного суду у Львові). Оп. 1. Спр. 39 (Обіжники, директиви і розпорядження Міністерства юстиції і голови Апеляційного суду з питань судочинства, 1924–1932 pp.). Арк. 80.
- ²¹ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934. Nr. 112. S. 2411.
- ²² Там само.
- ²³ Kodeks postępowania cywilnego z orzecznictwem Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych nowymi ustawami, okólnikami i rozporządzeniami Min. Sprawiedliwości, Komunikacji oraz Skarbu / Ukl. Bronisław Feller. – Kraków: Nakł. Wyd-wa Ustawy Stempelowej Kodeksu Postępowania Cywilnego, 1938. S. 396.
- ²⁴ Шухевич С. Вказана праця. С. 426.
- ²⁵ Krzyżanowski L. Вказана праця. S. 217.
- ²⁶ Липитчук О. Вказана праця. С. 152
- ²⁷ Hahn Z. Umorzenie postępowania egzekucyjnego. *Czasopismo sędziowskie*. Organ oddziału Lwowskiego zreszenia sędziów i prokuratorów Rzpłtej Polskiej. 1937. Nr. 2. S. 59.
- ²⁸ Hroboni J. Вказана праця. S. 272.
- ²⁹ Hroboni J. Вказана праця. S. 277.
- ³⁰ Гусаров К. Апелляционное производство в судах гражданской юрисдикции. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 7. С. 38.
- ³¹ Яковлів А. Вказана праця. С. 59.
- ³² Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934. Nr. 112. S. 2412.
- ³³ Konarska P.W. Wpływ nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego nausprawniczenie postępowania egzekucyjnego. *Studia Iuridica Lublinska*. 2016. Vol. XXV(2). S. 114.
- ³⁴ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934 Nr. 112. S. 2411–2413.
- ³⁵ Kodeks postępowania cywilnego z orzecznictwem Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych nowymi ustawami, okólnikami i rozporządzeniami Min. Sprawiedliwości, Komunikacji oraz Skarbu / Ukl. Bronisław Feller. – Kraków: Nakł. Wyd-wa Ustawy Stempelowej Kodeksu Postępowania Cywilnego, 1938. S. 396–397.
- ³⁶ ЦДІАУЛ. Ф. 205. Оп. 1. Спр. 39 (Обіжники, директиви і розпорядження Міністерства юстиції і голови Апеляційного суду з питань судочинства, 1924–1932 pp.). Арк. 49–55.
- ³⁷ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934. Nr. 112. S. 2412.
- ³⁸ Там само.
- ³⁹ ЦДІАУЛ. Ф. 205. Оп. 1. Спр. 39 (Обіжники, директиви і розпорядження Міністерства юстиції і голови Апеляційного суду з питань судочинства, 1924–1932 pp.). Арк. 55, 58.
- ⁴⁰ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934. Nr. 112. S. 2412.
- ⁴¹ Там само.
- ⁴² Яковлів А. Вказана праця. С. 60.
- ⁴³ ЦДІАУЛ. Ф. 205 (Прокурор Апеляційного суду у Львові). Оп. 1. Спр. 39 (Обіжники, директиви і розпорядження Міністерства юстиції і голови Апеляційного суду з питань судочинства, 1924–1932 pp.). Арк. 74–77.
- ⁴⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 1932 r. Regulamin we wewnętrznego urzędowania sądów apelacyjnych, okręgowych i grodzkich w sprawach cywilnych. *Dziennik Ustaw RP z 1932 r.* nr 114, poz. 941.
- ⁴⁵ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 1 grudnia 1932. *Dziennik Ustaw*. 1932. Poz. 934. Nr. 112. S. 2413.
- ⁴⁶ ЦДІАУЛ. Ф. 205. Оп. 1. Спр. 1931. Т. 3 (Справа про передачу кредиторам майна нафтового товариства «Зегіль» у Надвірній у зв'язку з неспроможністю повернути заборгованості, 1924 р.). Арк. 260–261.

Резюме

Олійник Ю.В. Порядок розгляду справ у Львівському апеляційному суді (1919–1939 pp.).

Функціонування інституту судівництва в Польщі безпосередньо залежало від юридичних традицій, суспільних змін, рівня правової культури і впливу законодавства інших країн, які свого часу були учасниками поділів Речі Посполитої. У статті проаналізовано порядок розгляду справ у Львівському апеляційному суді (1919–1939 pp.). Зазначено, що справа розглядалася Апеляційним судом за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції (повітовим чи окружним). Апеляційний суд у Львові переглядав справу у повному обсязі або зосереджувався лише на окремій її частині, але лише в межах поданої скарги стороною в процесі. Апеляційний суд розглядав справу по суті й ухвалював рішення, змінюючи рішення нижчого суду, або залишаючи його без змін.

Ключові слова: суддя, судочинство, рішення, Львівський апеляційний суд, Друга Річ Посполита.

Резюме

Олійник Ю.В. Порядок рассмотрения дел в Львовском апелляционном суде (1919–1939 гг.).

Функционирование института судопроизводства в Польше напрямую зависело от юридических традиций, общественных изменений, уровня правовой культуры и влияния законодательства других стран, которые в свое время были участниками разделов Речи Посполитой. В статье проанализирован порядок рассмотрения дел во Львовском апелляционном суде (1919–1939 гг.). Отмечено, что дело рассматривалось Апелляционным судом по правилам, установленным для рассмотрения дела судом первой инстанции (уездным или окружным). Апелляционный суд во Львове просматривал дело в полном объеме или сосредоточивал свое внимание только на отдельной ее части, но только в пределах поданной жалобы стороной в процессе. Апелляционный суд рассматривал дело по существу и принимал решения, изменяя решение нижестоящего суда, или оставляя его без изменений.

Ключевые слова: судья, судопроизводство, решение, Львовский апелляционный суд Вторая Речь Посполитая.

Summary

Yurij Olijnyk. Procedure for consideration of cases in the Court of Appeal of Lviv (1919–1939s).

The acquisition of the Polish independence state in November 1918 was a decisive condition for the establishment and development of the Polish judicial system and legal proceedings. It is noted that the functioning of the institution of the judiciary in Poland directly depended on legal traditions, social changes, the level of legal culture and the influence of the legislation of the countries that at one time participated in the division of the Second Commonwealth of Poland. The restored Polish state from the very first days of

its existence began the activities aimed at the formation of judicial authorities, for some time foreign sources of law (Austrian, German, and Russian) remained in force in its territory. During the interwar period in the Polish state a special mission was assigned to the courts, because they were the spokesman for social justice. The role of courts played an important role in their structure and leadership. The structure and management of the appellate and district courts in the judicial system of the Second Commonwealth of Poland and the characteristic features of the structure and leadership of the Court of Appeal of Lviv have been analyzed.

The Court of Appeals in Lviv was responsible for administering in its judicial district, carrying out inspections in lower courts, and bringing to justice judges and court officials through disciplinary violations, organization and reorganization of the courts of first and second instance. The Court of Appeals also dealt with the nomination and transfer of judges from one court to another, followed the law by lower courts, regulated the territory of the judicial districts (the final decision was nevertheless at the highest court in Warsaw and the Ministry of Justice), took reports on the number of cases considered by the lower courts authorities.

The article analyzes the procedure for consideration of cases in the Court of Appeal of Lviv (1919–1939s). It is noted that the case was considered by the Court of Appeal according to the rules established for consideration of the case by the court of first instance (county or district). The Court of Appeal in Lviv reviewed the case in full, or focused only on a separate part of it, but only within the limits of the complaint filed by a party in the process. The appellate court considered the case on the merits and made a decision, changing the decision of the lower court, or leaving it unchanged.

Key words: judge, court proceedings, decision, Court of Appeal of Lviv, Second Commonwealth of Poland.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.14

УДК 340.1

Ю.І. СВЕРБА

*Юрій Іванович Сверба, аспірант Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, державний експерт Директорату правосуддя та кримінальної юстиції Міністерства юстиції України**

ORCID: 0000-0002-4846-7684

РОЛЬ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В МЕХАНІЗМІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

Постановка проблеми. Останні роки існує стійка тенденція закріплення наряду побудови «людино-центристської держави» в програмних документах парламенту, Президента та Уряду України. При цьому доступ до правосуддя визначається як основний елемент верховенства права, якому відводиться ключова роль у забезпеченні прав і свобод людини.

Так, з метою удосконалення діяльності щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини та громадянина, Указом Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015 затверджено Національну стратегію у сфері прав людини, яка, серед низки стратегічних напрямів, передбачає забезпечення права на справедливий суд¹. Щодо очікуваних результатів від реалізації зазначеного стратегічного напрямку, то вони зводяться до вдосконалення і незалежності правосуддя та спрощення доступу до такого правосуддя через інститути адвокатури і системи надання безоплатної правової допомоги.

Також у цілі 12.4 Програми діяльності Кабінету Міністрів України, схваленої постановою Верховної Ради України від 4 жовтня 2019 р. № 188-IX, передбачалося, що людина, яка опинилась у складній життєвій ситуації, отримає від держави юридичний захист. Для досягнення цілі необхідно забезпечити доступні та зручні сервіси безоплатної правової допомоги, створити ефективну систему доступу громадян до правової інформації та впровадити механізм виконання рішень Європейського суду з прав людини щодо України, який дозволить оперативно усувати відповідні структурні та системні проблеми правової системи².

Разом із тим саме по собі нормативне декларування, без розробки та впровадження комплексних і працюючих механізмів забезпечення прав людини, ставить під сумнів реалізацію позитивних змін.

Згідно з рейтингом верховенства права World Justice Project³ Україна займає 72-у позицію серед 128 країн. Попри покращення рейтингу України на п'ять позицій порівняно з попереднім роком⁴, об'єктивно існує необхідність у подальшому вдосконаленні механізму забезпечення прав людини, у тому числі й реального забезпечення доступу до правосуддя.

Існування практичних проблем із забезпеченням верховенства права і зумовлює подальше наукове висвітлення окремих елементів національного механізму забезпечення доступу до правосуддя.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти права на безоплатну правову допомогу досліджувалися в працях С.М. Бреуса, Ю.О. Данилевської, В.М. Ісакова, Л.В. Павлик, З.З. Петрович, Н.Ю. Сакари, У.О. Цмоць. Разом із тим інтенсивний розвиток загальної концепції доступу до правосуддя та безоплатної правової допомоги провокує наукову дискусію на доктринальному рівні.

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження ролі безоплатної правової допомоги в механізмі забезпечення доступу до правосуддя, а також аналіз міжнародних зобов'язань у цій сфері.

© Ю.І. Сверба, 2020

* *Yurii Sverba, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine, Governmental Expert of Directorate of Justice and Criminal Justice Ministry of Justice of Ukraine*

Виклад основного матеріалу. Доступ до правосуддя – основний елемент кожної правової системи. При цьому основоположний принцип функціонування будь-якої правової системи полягає в тому, що вона повинна гарантувати реально діюче право на рівний доступ до правосуддя. Право на правову допомогу – один із аспектів доступу до правосуддя та права на справедливий судовий розгляд⁵.

В.В. Лемак, вживаючи термін «механізм захисту та гарантії прав і свобод людини», зазначає, що цей механізм включає нормативні засоби забезпечення прав і свобод людини та державні й недержавні інституційні засоби забезпечення прав і свобод людини⁶. Хоч в цьому визначенні розуміється механізм захисту всіх прав і свобод, але складові такого механізму можливо екстраполювати і на конкретне право, зокрема, доступу до правосуддя. Тож більш детально проаналізуємо нормативну та інституційні (державні/недержавні) складові цього механізму.

Парадоксально, але роль системи державної правової допомоги часто полягає саме в захисті людини від тієї ж держави, як-от захист у кримінальному провадженні від публічного обвинувачення, так і представництво у справах про оскарження дій або бездіяльності органів державної влади. При цьому в держави виникають і позитивні зобов'язання (забезпечити доступ до правосуддя), і негативні (не втручатися в діяльність захисника, коли, до прикладу, держава сама є порушником гарантованого права). Щодо таких зобов'язань, то базові засади для впровадження інституту правової допомоги «від держави» закладені в ключових міжнародних документах з прав людини.

Відповідно до ст. 6 § 3 (с) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права: 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 правосуддя⁷.

У ч. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права зазначено, що кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності: бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безоплатно для нього в усякому такому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника⁸.

Безоплатна юридична допомога, право на яку гарантує ст. 6 § 3 (с) Конвенції, має бути «конкретною і дієвою». Це означає, що сам факт призначення державного захисника ще не означає ефективність такої допомоги, оскільки адвокат *ex officio* може померти, тяжко захворіти, зіткнутись з тривалими перешкодами або ухилитись від виконання своїх обов'язків (Аргіко проти Італії, § 33)⁹.

Стаття 6 § 1 Конвенції не стверджує, що держава має забезпечувати безоплатну правову допомогу у кожному спорі, що стосується «цивільних прав» (Ейрі проти Ірландії, § 26). Існує чітка різниця між ст. 6 § 3 (с) Конвенції, яка гарантує право надання безоплатної правової допомоги у кримінальних провадженнях за певними обставинами, і ст. 6 § 1 цієї ж Конвенції, яка не розкриває питання про правову допомогу (Ессаді проти Франції, § 30). Однак завданням Конвенції є захист практичних та ефективних прав, у тому числі права на доступ до суду. Відповідно, ст. 6 § 1 іноді може зобов'язати державу надати правову допомогу, коли така допомога неминуча для ефективного доступу до Суду (Ейрі проти Ірландії, § 26)¹⁰.

Резолюцією (78) 8 Комітету Міністрів Ради Європи про безоплатну правову допомогу і юридичні консультації від 2 березня 1978 р. передбачено, що ніхто не може бути в силу перешкод економічного характеру позбавлений можливості використання або захисту своїх прав у будь-яких судах, повноважних виносити рішення з цивільних, господарських, адміністративних, соціальних чи податкових справ. З цією метою кожна особа має бути наділена правом на необхідну безоплатну правову допомогу в судовому провадженні. При розгляді того, чи така допомога є необхідною, слід враховувати: а) фінансові можливості та зобов'язання відповідної особи; б) очікувані судові витрати¹¹.

Загалом безоплатна правова допомога у розвинутих країнах світу еволюціонувала у п'ять етапів. Виділяють такі: благочинне фінансування (безоплатна благочинна робота адвокатів з неплатоспроможними клієнтами, обов'язкове надання адвокатами юридичних послуг як частина професійної діяльності і т.п.); соціальне приватне/державне поширення професії; фінансування надання безоплатної юридичної допомоги за рахунок місцевих бюджетів; етап адміністрування (для надання безоплатної допомоги створювалися відповідні структури); етап захисту прав людини (стимулює розширення надання безоплатної правової допомоги і державних юридичних послуг)¹².

Щодо національного законодавства, то право на безоплатну правову допомогу було передбачено в первинній редакції Конституції України, однак сучасна система з надання безоплатної правової допомоги розпочала свою роботу з прийняттям профільного Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р. (далі – Закон)¹³.

Так, зазначеним Законом передбачено два види безоплатної правової допомоги: **первинну** (надання правової інформації; надання консультацій і роз'яснень з правових питань; складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (крім документів процесуального характеру); надання консультацій, роз'яснень та підготовка проектів договорів користування земельними ділянками (оренда, суборенда, земельний сервітут, емфітевзис, суперфіцій) для сільського населення – власників земельних ділянок; надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації) та **вторинну** (захист; здійснення представництва інтересів осіб у судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; складення документів процесуального характеру).

Варто зауважити, що Закон визначає виключно безоплатну вторинну правову допомогу як різновид державної гарантії, що полягає у створенні рівних можливостей для доступу осіб до правосуддя. Станом на сьогодні передбачено 17 категорій осіб, які мають право на безоплатну вторинну правову допомогу. У зазначеному Законі відсутній єдиний критерій визначення соціальної вразливості особи, передбачено широкий спектр життєвих обставин, які створюють передумови для отримання особою безоплатної вторинної правової допомоги, зокрема за такими критеріями: майновий (особи, якщо їхній середньомісячний дохід не перевищує двох розмірів прожиткового мінімуму); віковий (діти); соціальний статус (внутрішньо переміщені особи, ветерани війни тощо); категорія справи (затримані особи, особи, щодо яких суд розглядає справу про обмеження цивільної дієздатності).

Деякі із зазначених категорій є «статичними» (які залежать від соціального статусу особи та є тривалими протягом значного проміжку часу), інші можуть виникати залежно від наявності певних факторів в житті особи, задля вирішення яких їй надається право на безоплатну вторинну правову допомогу.

Як зазначено в моніторинговому звіті Ради Європи, українська система правової допомоги передбачає широке коло осіб, які можуть отримати безоплатну вторинну правову допомогу в кримінальному провадженні, а також у разі адміністративного затримання та арешту, сприяючи тим самим широкому доступу до правосуддя та забезпечуючи ефективніший захист прав людини. Особи, які мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, у змозі скористатися численними правовими послугами. Такий великий обсяг безоплатної вторинної правової допомоги є вельми позитивним моментом. Той факт, що первинна правова допомога (в основному правові консультації та складання непроцесуальних документів) також є доступною і в кримінальних справах, означає, що особи можуть отримувати консультації на всіх етапах. Не менш важливою є доступність правової допомоги після ухвалення вироку та під час виконання покарання¹⁴.

Не вдаючись до аналізу процедурного аспекту надання такої допомоги, лише зазначимо, що інституційний розвиток системи з надання безоплатної правової допомоги був поетапний та передбачав надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальних справах з 1 січня 2013 р.; у цивільних та адміністративних – з 1 липня 2015 р.

Щодо недержавних інституцій, які своєю місією вбачають забезпечення доступу до правосуддя, то вони фактично взяли на себе обов'язок держави, починаючи з часів проголошення незалежності.

До прикладу, Українська гельсінська спілка з прав людини (далі – УГСПЛ) – найбільша асоціація правозахисних організацій України, що об'єднує 29 правозахисних недержавних організацій. Зазначається, що УГСПЛ сприяє розвитку гуманного суспільства, що базується на повазі до людського життя, гідності та гармонійних стосунків між людиною, державою і природою через створення платформи для співпраці між членами спілки та іншими учасниками правозахисного руху¹⁵.

Попри розгалужену урядову систему з надання безоплатної правової допомоги (понад 500 точок доступу), УГСПЛ та низка інших неурядових правозахисних організацій продовжують надавати особам правову допомогу безоплатно, зокрема представляючи їх інтереси в Європейському суді з прав людини у стратегічних справах.

Висновки. Екстенсивний етап розвитку національної системи з надання безоплатної правової допомоги фактично завершився з відкриттям Бюро правової допомоги у вересні 2016 р. На сьогодні Україною формально виконано всі міжнародні зобов'язання щодо гарантування права на безоплатну правову допомогу. Очевидно, що пріоритетним завданням для України залишається незалеження самої системи відносин з надання безоплатної правової допомоги від політичного впливу та підвищення якості надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Варто також відзначити і роль недержавних інституцій в забезпеченні доступу до правосуддя. По-перше, вони сконцентрувались на таких категоріях осіб, які не мають права на безоплатну вторинну правову допомогу згідно з Законом, хоча також є вразливими. По-друге, стали додатковою гарантією в захисті прав людини від порушень з боку держави. Саме взаємодоповнення, а не конкуренція в ланці «неурядові організації – державна система» дає змогу розвивати громадянське суспільство і забезпечувати реальний, а не ілюзорний доступ до правосуддя.

Попри підтримку широкого підходу до тлумачення поняття «доступ до правосуддя» (необхідно вирішити правові проблеми людини, а не тільки забезпечити їй можливість захищати свої права та свободи в суді), положення Конституції України (ст. ст. 59, 124) та Закону (ст. 13) відводять системі з надання безоплатної правової допомоги провідну, якщо не виключну, роль у механізмі забезпечення доступу до правосуддя.

¹ Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини: Указ Президента України від 25.08.2015 р. № 501/2015. URL: <https://bitly.su/vcMHij>

² Програма діяльності Кабінету Міністрів України, схвалена постановою Верховної Ради України від 04.10.2019 р. № 188-IX. URL: <https://bit.ly/2S4TJFc>

³ World Justice Project Rule of Law Index 2020. URL: <https://bitly.su/PL4LtN>

⁴ World Justice Project Rule of Law Index 2019. URL: <https://bitly.su/6jPjNT6f>

⁵ Ісакова В.М. Право на правову допомогу як елемент принципу доступності правосуддя. *Форум права*. 2012. № 4. С. 404–410. С. 408.

⁶ Лемак В.В., Турияниці В.В. Складові механізми захисту та гарантії прав і свобод людини. *Visegrad journal on human rights / Paneurópska vysoká škola; Užhorodská národná univerzita*. Bratislava, 2014. Issue 2, Part 2. С. 183–187. С. 184.

⁷ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: <https://bit.ly/2yJGMtK>

⁸ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р. URL: <https://bit.ly/2VxO6l4>

⁹ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb). URL: <https://bit.ly/3aG6ZXa>

¹⁰ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb). URL: <https://bit.ly/3cbf0Vf>

¹¹ Резолюція (78) 8 Комітету Міністрів Ради Європи про безоплатну правову допомогу і юридичні консультації від 02.03.1978 р. URL: <https://bit.ly/3cDXxoz>

¹² Данилевська Ю.О. та інші. Право особи на безоплатну правову допомогу. Львів: ЛьвДУВС, 2018. 136 с. С. 32.

¹³ Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. URL: <https://bit.ly/3azDQgp>

¹⁴ Оцінювання системи безоплатної вторинної правової допомоги в Україні у світлі стандартів і передового досвіду Ради Європи. URL: <https://bit.ly/2wZdkIG>

¹⁵ Офіційний вебсайт Української Гельсінської спілки з прав людини. Місія та історія Спілки. URL: <https://bit.ly/2VAYybC>

Резюме

Сверба Ю.І. Роль безоплатної правової допомоги в механізмі забезпечення доступу до правосуддя.

У статті проаналізовано міжнародні зобов'язання України у сфері доступу до правосуддя і, зокрема, безоплатної правової допомоги.

Розглянуто практику Європейського суду з прав людини у цивільному та кримінальному аспекті щодо критеріїв ефективності правової допомоги, а також випадки, коли така допомога має надаватись державою безоплатно.

Описано інституційний та нормативний розвиток національної системи з надання безоплатної правової допомоги. Також розглянуто роль та місце недержавних організацій, які надають правову допомогу безоплатно, у створенні реального доступу до правосуддя.

Ключові слова: верховенство права, доступ до правосуддя, безоплатна правова допомога, неурядові правозахисні організації, правова держава, права людини.

Резюме

Сверба Ю.И. Роль бесплатной юридической помощи в механизме обеспечения доступа к правосудию.

В статье проанализированы международные обязательства Украины в сфере доступа к правосудию и, в частности, бесплатной юридической помощи.

Рассмотрена практика Европейского суда по правам человека в гражданском и уголовном аспекте относительно критериев эффективности юридической помощи, а также случаи, когда такая помощь должна предоставляться государством бесплатно.

Описаны институциональное и нормативное развитие национальной системы по предоставлению бесплатной юридической помощи. Также рассмотрена роль и место негосударственных организаций, оказывающих юридическую помощь бесплатно, в создании реального доступа к правосудию.

Ключевые слова: верховенство права, доступ к правосудию, бесплатная юридическая помощь, неправительственные правозащитные организации, правовое государство, права человека.

Summary

Yurii Sverba. The role of free legal aid in the mechanism of access to justice.

The article is dedicated to the analysis of Ukraine's international obligations in the sphere of access to justice and, in particular, to legal aid.

The case law of the European Court of Human Rights in the civil and criminal aspects relating to the criteria for the effectiveness of legal aid is reviewed, as well as the cases where such assistance should be provided free of charge by the state. Article 6 § 1 does not imply that the State must provide free legal aid for every dispute relating to a «civil right». There is a clear distinction between Article 6 § 3 (c) – which guarantees the right to free legal aid in criminal proceedings subject to certain conditions – and Article 6 § 1, which makes no reference to legal aid. However, the Convention is intended to safeguard rights which are practical and effective, in particular the right of access to a court.

The national legislation governing the procedure for providing free legal aid is analyzed. The categories of persons eligible to free secondary legal aid and the categories of cases in which such aid is provided are considered. As of today, there are 17 categories of persons eligible to free secondary legal aid. The Law lacks a single criterion for determining a person's social vulnerability and provides for a wide range of life circumstances that create the prerequisites for a person to obtain free secondary legal aid under the following criteria: property, age, social status and case category.

The institutional and regulatory development of the national legal aid system is described. Key directions for the development of the national legal aid system are outlined: improving the quality of the provision of free secondary legal aid and protecting the system from political influence.

The role and place of non-governmental organizations providing free legal aid in creating real access to justice was also examined. As an example, the The Ukrainian Helsinki Human Rights Union promotes the development of humane society based on respect to human life, dignity and harmonious relations between a person, state and nature through creation of a platform for cooperation between the members of the Union and other members of the human rights movement.

It is stated that the interaction of the state legal aid system and non-governmental human rights organizations creates real access to justice, and specifically to the European Court of Human Rights.

Key words: the rule of law, access to justice, free legal aid, human rights non governmental organizations, legal state, human rights.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.15

УДК 321.01; 342.2

О.В. БАТАНОВ

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

ORCID ID 0000-0002-0239-4539

ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА УНІТАРИЗМУ ТА ФЕДЕРАЛІЗМУ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ АСПЕКТИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Постановка проблеми. Історично людська спільнота завжди перебувала в пошуках зручної й ефективної форми державного устрою як способу свого існування та функціонування. Говорячи про державу, важливо розуміти, що йдеться про облаштування народів і громадян даної території, країни. Так, за формою державного устрою Україна є унітарною державою, територія якої в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою (ст. ст. 1–2 Конституції України).

Сьогодні не викликає сумнівів, що унітарність української держави – непорушна вимога буття Українського народу та його суверенної волі, усієї багатовікової історії українського державотворення та здійсненого українською нацією, усім Українським народом права на самовизначення. Це один із найбільш важливих чинників зміцнення громадянської злагоди на землі України та фундамент національної ідентичності Українського народу, національної патріотичної свідомості й духовності. Збереження унітарності України, цілісності та недоторканності її території визначає зміст та спрямованість зовнішньої й внутрішньої політики держави і є об'єктом національної безпеки України, справою всього Українського народу.

Втім, попри незворотність унітарного вектору розвитку вітчизняної державності, питання щодо форми державного устрою України, її адміністративно-територіальної організації, вирішення пов'язаних із ними публічно-владних, організаційно-правових, національно-політичних, соціально-економічних та духовно-культурних проблем суспільства були і залишаються доволі дискусійною стороною політичного та правового життя сучасної України. Особливо болісно загострилися та актуалізувалися ці питання в умовах анексії Автономної Республіки Крим та збройної інтервенції Російської Федерації проти України.

Теорія і практика унітаризму аналізується в рамках різних наукових напрямів, навчальних дисциплін і курсів: теорія держави і права, конституційне право, історія, політологія, економічна теорія, соціологія, культурологія, етнологія, етнодержавознавство тощо. Настав час систематизації накопиченого досвіду і знань про унітаризм та унітарні системи в рамках окремих спеціальних досліджень, насамперед, дисертаційного та монографічного характеру. Цього поки що не зроблено. Насамперед доцільно визначити унітаризм не тільки як форму державного устрою й інститут конституційного ладу сучасної України, а й ще як філософію, культуру державної, управлінської і громадянської поведінки.

Сьогодні вкрай важливо це фундаментальне завдання виконувати в умовах демократії, шляхом оптимального та гармонічного поєднання централізації і децентралізації, субсидіарності, повсюдності місцевого самоврядування та самоорганізації територіальних громад, збалансованого розвитку усіх одиниць території України, застосування різних форм демократії участі та насамперед забезпечення реалізації конституційного принципу визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю. При цьому слід усвідомлювати, що закони і принципи унітаризму функціонують не самі по собі, а на тлі загальних законів екогуманітарного, політичного, господарсько-економічного, соціально-культурного розвитку суспільства і держави, у контексті тенденцій, які переживає конституційне право у сучасному світі, зокрема викликів, які виникли в умовах глобалізації та міждержавної інтеграції.

У зв'язку з цим дослідження як доктринальних, так і прикладних конституційно-правових проблем сучасного унітаризму в Україні у світлі зарубіжного досвіду має не лише суто науково-пізнавальне, а й при-

© О.В. Батанов, 2020

* *Oleksandr Batanov, Dr. hab. in Law, Professor, Leading Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

кладне значення. Адаже сьогодні в галузі конституційного права неможливо досконало вивчити будь-яку значну або невелику проблему, не звертаючись до зарубіжного досвіду, а конституційна історія таких держав, як Велика Британія, Польща, Франція, Іспанія, Італія, країн Скандинавії тощо, безумовно, концентрує у собі найкращі досягнення унітаризму.

Вкрай актуальними є питання щодо розуміння концепцій та моделей унітаризму, які затвердилися у зарубіжних країнах, вивчення їх досвіду стосовно здійснення децентралізації та проведення адміністративно-територіальних реформ, вирішення конституційних та інших конфліктів і протиріч, які виникали на тлі цих процесів. За всієї різноманітності конституційно-правових явищ та процесів усі вони (за умови обрання об'єктивних критеріїв) піддаються порівняльному аналізу. Ці держави можна поділяти на види, об'єднувати у класифікаційні ряди та групи, диференціювати залежно від територіальних розмірів, кількості або складу населення, стану розвитку в них місцевого самоврядування, реалізації регіональної, мовної або етнонаціональної політики, наявності або відсутності автономних утворень тощо.

Дуже важливим, що має як суто доктринальне, так і конституційно-нормативне та міжнародно-правове значення, було й є питання щодо порівняння сутнісно-субстанційних та функціонально-телеологічних ознак унітаризму й федералізму. Відповідь на це питання може прислужитися як теоретичне та практичне підґрунтя не тільки для загального ознайомлення з конституційним досвідом становлення та розвитку унітаризму і федералізму у країнах сучасного світу, а й для вироблення глибоких наукових узагальнень та висновків. А вивчивши відповідний зарубіжний конституційний досвід, ми зможемо краще побачити той шлях, яким має йти розвиток унітаризму в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти теорії державного устрою та практики сучасного унітаризму, адміністративно-територіального устрою і процесу у своїх працях досліджували такі сучасні вітчизняні вчені та експерти, як Ю.І. Ганущак, Б.П. Гдичинський, А.Б. Гетьман, Р.В. Губань, О.П. Іщенко, В.М. Кампо, О.Л. Копиленко, В.В. Кравченко, І.О. Кресіна, В.С. Куйбіда, О.Г. Кучабський, І.Й. Магновський, В.І. Нудельман, Х.В. Приходько, М.О. Пухтинський, С.О. Телешун, А.Ф. Ткачук, Л.Т. Шевчук та ін.

Автор вважає, що політико-правові розвідки про феномен державної території в цілому, форми її організації, насамперед унітаризму, в тому числі й у його порівнянні з теорією та практикою федералізму, сформульовані вітчизняною та зарубіжною науковою думкою є актуальними, а адекватне розуміння природи, принципів та функцій унітарної і федеративної державності необхідне для успішного вирішення вітчизняних проблем адміністративно-територіального устрою, територіальної організації влади та зміцнення унітаризму в сучасній Україні.

Враховуючи вказане, сучасний український унітаризм потребує додаткового дослідження не лише в аспекті його сутності, змісту, принципів, зміцнення в контексті реформи адміністративно-територіального устрою, реформування місцевого самоврядування та децентралізації публічної влади, тенденцій і перспектив розвитку в умовах нового світового правопорядку, а й викликів, які постали перед Україною в результаті анексії Автономної Республіки Крим та збройної агресії з боку Росії, інших форм і методів ведення нею інформаційно-пропагандистської війни, одним із гібридних проявів якої є багаторічний експорт в Україну федералістських ідей та концептів.

Формулювання мети статті. Метою даного дослідження є поглиблення концептуальних конституційно-компаративних засад унітаризму та федералізму з точки зору теорії та практики сучасного конституційного права і конституціоналізму, а також форм територіальної організації сучасних держав.

Виклад основного матеріалу. Традиційно розрізняють два основних види територіального устрою: політико-територіальний і адміністративно-територіальний. Політико-територіальний устрій передбачає поділ території держави на окремі самостійні частини. Він є характерним для федеративних держав (Австрійська Республіка, ФРН, Королівство Бельгія та ін.). Адміністративно-територіальний устрій – це внутрішній поділ території держави на адміністративно-територіальні одиниці. Він властивий для унітарних держав (Великобританія, Польща, Франція, Португалія та ін.). Така точка зору обумовлюється тим, що в державах із федеративним устроєм територіальний устрій характеризується наявністю політичних зв'язків між державою і суб'єктами федерації, а в унітарних державах, зв'язок між державою і адміністративно-територіальними одиницями має адміністративний характер.

Також територіальний устрій може бути симетричним або асиметричним. При симетричному територіальному устрої держави адміністративно-територіальні або політико-територіальні одиниці, які його становлять, мають рівний статус. Наприклад, Федеративна Республіка Німеччина складається з 16 земель з однаковим конституційно-правовим статусом, тобто має симетричний федеративний територіальний устрій.

Що стосується унітарних держав, то чисто симетричний устрій зустрічається дуже рідко: столиці, як правило, мають дещо або суттєво інший статус порівняно з іншими територіальними одиницями вищого рівня. Асиметрія територіального устрою держави нерідко обумовлена тим, що у ній є компактно проживаючі іонаціональні групи, яким надана національно-територіальна автономія¹. У державі з асиметричним адміністративно-територіальним устроєм його територіальні частини мають різний правовий статус. Такі характерні особливості притаманні Італії, де Сицилія, Сардинія і деякі інші територіальні одиниці мають особливі форми та умови автономії, причому статус цих автономій визначається окремими конституційними законами. Асиметричний статус мають і багато регіонів Іспанії (Каталонія, Галісія). В останні роки Італія, Іспанія, Нідерланди та Франція, залишаючись формально унітарними, використовують у державно-територіальному устрої окремі елементи федералізму.

Термін «унітарна держава» походить з латинського слова *unus, unitas*, що означає «один», «єдність». Унітарна держава, таким чином, складається не з державних утворень, а з адміністративно-територіальних

одиниць, правовий статус яких визначається центральною владою. Унітарний характер держави означає, що територія у межах існуючих державних кордонів є цілісною і недоторканою, що складові частини цієї території перебувають у нерозривному взаємозв'язку, відзначаються внутрішньою єдністю і не мають ознак державності, як це властиво складовим частинам, скажімо, федеративної держави.

Аналізуючи генезис унітарної форми державного устрою, потрібно виходити з того, що унітаризм замінив партикуляризм і феодальну роздробленість, відіграв свою прогресивну роль. Він не залежав від національно-етнічної чи расової структури населення, а був затребуваний єдиним режимом, відносно простою в здійсненні державної влади. Унітарна держава в даний час є найбільш розповсюдженою у світі формою державного устрою. Понад 85 % країн світу обрали унітарну форму свого територіального устрою. Так, Н.О. Касаткіна пояснює цей феномен не лише тим, що «така держава є такою, що ефективно управляється та забезпечує державну єдність», а й тим, що «унітарна форма державного устрою є аутентичною за своєю сутністю, тобто є найбільш наближеною до самої природи держави»².

Не зважаючи на те, що це різні за своїми територіальними параметрами, етнонаціональним складом, географічним розташуванням, економічним та соціально-культурним розвитком, політичними та правовими традиціями країни, унітарним державам притаманна комплексна система ознак. Серед них визначаються такі: територія держави поділена на адміністративно-територіальні одиниці, які не наділені державним суверенітетом; єдина структура державного апарату, компетенція якого поширюється на всю територію держави; єдине громадянство; єдина система законодавства, осередком якої є єдина державна конституція; єдина судова система; єдина система органів конституційного контролю; одноканальна система оподаткування; у міжнародних відносинах виступає єдиним цілим тощо.

В аспекті забезпечення державно-управлінської організації кожна з них має суттєві особливості. Наприклад, Велика Британія децентралізує владу на практиці, але не в конституційних принципах. Це одна з небагатьох країн, яка обрала деволюцію як форму децентралізації та територіальної організації. Інші країни наділяють різним ступенем автономності територіальні одиниці. У Франції – класичному прикладі децентралізованої адміністративної системи, деякі члени місцевої влади призначаються центральним урядом, тоді як інші обираються.

Для унітарної держави характерна єдина система вищих органів (парламент, глава держави, уряд). Юрисдикція цих органів розповсюджується на всю територію країни, яка поділяється на адміністративно-територіальні одиниці, що не мають політичної самостійності. В цих одиницях (департаменти, області, округи, райони, міста тощо) звичайно утворюються власні представницькі та виконавчі органи, які функціонують відповідно до загальнонаціональних законодавств та зобов'язані застосовувати законодавчі й інші нормативні акти, які приймаються центральними органами державної влади.

Територія унітарної держави завжди має свою внутрішню організацію або так званий адміністративно-територіальний устрій (виняток становлять лише так звані мікродержави), суть якого зводиться до поділу єдиної території держави на складові частини. Територія унітарної держави являє собою не що інше, як велику політичну та соціально-економічну суперсистему, що у визначених державним кордоном межах поєднує ключові функціональні підсистеми життєдіяльності суспільства («управління», «виробництво», «обслуговування», «розселення») та певною мірою локалізує їх у межах конкретних адміністративно-територіальних одиниць існуючого адміністративно-територіального поділу. Лише в тих випадках, коли локалізація зазначених підсистем на території відповідає існуючому адміністративно-територіальному устрою (відповідно, й існуючій системі управління) адміністративно-територіальний устрій можна розглядати як оптимальний.

Концептуальний аналіз зарубіжного досвіду унітаризму дає змогу зробити узагальнюючий висновок, що унітарна модель державного устрою: а) належить одночасно і до структури, і до функціонування публічної влади; б) вона забезпечує синтез різних тенденцій розвитку державного організму: з одного боку, його єдності, неподільності, централізації та, з іншого боку, муніципалізації, децентралізації, деконцентрації, деволюції тощо; в) одночасно є і конституційно-правовим, політичним і соціальним явищем; г) передбачає певні цілі і засоби їх досягнення, причому ці цілі можуть бути за своїм характером локальними, регіональними й глобальними.

До того ж існує кілька моделей унітарної організації держави, для яких унітаризм може розглядатися і як теорія унітарної форми державного устрою, і як конкретна унітарна держава – спосіб реалізації та втілення цієї теорії. За такого підходу унітаризм як конституційно-правове явище фактично ототожнюється з науковою теорією про це явище, тобто конституційно-правова дійсність і її відображення в науковому знанні не розрізняються. У такому аспекті поняття «унітаризм» містить філософію певного державного устрою, воно становить теоретико-методологічну основу організації унітарного устрою. А «унітарність» – тип реальної державної організації, який відповідає всім принципам унітаризму і є втіленням його філософії.

Унітаризм також розглядається і як спосіб життя, як спосіб поєднання територіальної єдності і невіддільності в конституційних відносинах різних форм державності – від централізованих до децентралізованих, деконцентрованих, регіональних держав і місцевого самоврядування.

Означені та інші аспекти у розумінні сутності унітаризму (у тому числі у контексті ідей та цінностей світового конституціоналізму, його змістових та системно-структурних характеристик, серед яких свобода, суверенітет, солідарність, демократія, правова держава (верховенство права), поділ влади) дають змогу говорити про існування даного феномена не тільки як привабливої концептуальної моделі, а й об'єктивної реальності, яка має аксіологічні, гносеологічні, онтологічні, цивілізаційні, інституціональні, конститутивні, нормативні, функціонально-телеологічні, історичні, національні та ментальні параметри, що еволюційним шляхом склалися під впливом відповідних ідей та принципів³.

Щодо федерації (лат. *foederatio* – об'єднання, союз, спілка), то це форма державного устрою, за якої вищі територіальні одиниці держави мають певну юридично визначену політичну самостійність, чим відрізняються від адміністративно-територіальних одиниць унітарної держави. Складові частини федерації – це своєрідні державоподібні утворення, які називають суб'єктами федерації, а територія федерації складається з територій її суб'єктів.

Основною ознакою федеративної держави є поділ суверенітету між двома рівнями (федеральним і суб'єктами федерації), що передбачає, зокрема, існування двох систем державної влади й управління, кожна з яких діє у визначених конституційною межах. Характерною рисою федеративної держави є те, що поряд з федеральною конституцією, органами влади та законодавством свої конституції, закони, свою систему законодавчих, виконавчих та судових органів мають суб'єкти федерації. Характерне конституційно установлене розмежування функцій і компетенції між федерацією у цілому та її суб'єктами. До відання федерації, як правило, належать найважливіші питання державного життя: зовнішня політика, оборона країни, фінанси, оподаткування, організація федеральних органів, вирішення конфліктів між суб'єктами федерації. Компетенція суб'єктів федерації у цілому ширша, але вона зводиться переважно до питань, що не потребують однакового регулювання. До них віднесені організація місцевого самоврядування, громадський порядок, охорона довкілля, встановлення місцевих податків та ін.

Державоподібний характер суб'єктів федерації виражається також у тому, що в них є столиця, державні символи – герб, прапор, гімн, не у всіх, але іноді є своє громадянство. Водночас самостійність суб'єктів федерації недостатня для того, щоб вони могли визнаватися суб'єктами міжнародного права. Це пояснюється тим, що суб'єкти федерації не є державами у повному значенні цього слова: вони не мають суверенітету; не мають права сецесії – право одностороннього виходу з складу федерації; юридично позбавлені права самостійної участі в міжнародних відносинах.

Федеральність є зазвичай ознакою держав, які історично формувалися шляхом об'єднання чи завоювання різних територій. Вкрай рідко федерації утворюються шляхом територіальної трансформації унітарних держав. Серед європейських країн, зокрема, федераціями є ФРН, Королівство Бельгія, Швейцарська Конфедерація, Австрійська Республіка, Боснія і Герцеговина. Конституційна історія федералізму кожної з цих держав є складною та унікальною. Вони відрізняються за своїми розмірами, часом та, особливо, чинниками своєї федералізації. Усього у світі 27 держав із федеративним устроєм. Практика свідчить, що найстійкішими є федерації, створені на територіальній основі (США, Мексика, ФРН). Натомість федерації, які будуються за національно-територіальною ознакою (колишні СРСР, Югославія, Чехословаччина, сьогодення Росія, Індія), змушені рахуватися з можливими сепаратистськими проявами, які загрожують цілісності такої держави. Суб'єкти федерації можуть мати різні назви, які, як правило, визначаються певними історичними або правовими чинниками: штати, провінції, республіки, федеральні землі та ін.

Федерацію слід відрізнити від конфедерації, що являє собою міжнародно-правовий союз суверенних держав, до компетенції якого передаються деякі важливі питання. Близькими до суб'єктів федерації можуть бути також автономні утворення деяких унітарних держав регіоналізованого типу, про що йшлося раніше.

Нині існує не так уже й багато держав, котрі, виникнувши як унітарні, потім змінили форму устрою на федеративну та внаслідок такої модернізації являють собою позитивний приклад для рецепції. Сучасні демократичні держави майже не здійснювали добровільного переходу від унітаризму до федералізму. Ті федерації, що на сьогодні існують у світі, утворилися переважно або ж історично шляхом об'єднання політично самостійних держав чи державних утворень (як, наприклад, США), або ж мали попередній досвід такого об'єднання державних утворень (наприклад, ФРН). Єдиним винятком серед розвинених держав може слугувати приклад Бельгії, котра лише під тиском складних обставин, пов'язаних передусім із тривалим міжетнічним напруженням, змушена була дуже поступово та повільно перейти від унітаризму до федеративного устрою, але це не вирішило навіть частину проблем, що постали перед бельгійським суспільством, і цю державу періодично лихоманить. Так само під тиском складних обставин федеративний устрій було нав'язано Боснії і Герцеговині, але проблеми у цій державі лише поглибилися.

Перетворення Бельгії із унітарної на федеративну державу у результаті кількох етапів державних реформ (з 1970 р. по 1993 р.) стало вражаючою подією, неповторним досвідом та повчальним прикладом. Вся історія бельгійської держави відзначалася віхами конфліктів між двома культурно-лінгвістичними громадами – валлонами та фламандцями, які проявлялися у різних сферах та мали суттєвий вплив на політичне життя країни. Федералізація Бельгії стала спробою врегулювання таких конфліктів. Втім, як свідчить цей безпрецедентний досвід (який без будь-якої переконливої аргументації пропонується деякими «експертами» для України як рецепт вирішення її внутрішніх «проблем»), що і сьогодні залишається невирішеною низка проблем між культурно-лінгвістичними громадами. Негативною стороною також є прояв сепаратистських настроїв, які виходять в основному від фламандських політичних партій. Як вказують дослідники, повного вирішення цих етнічних конфліктів у найближчому майбутньому важко досягнути. Відцентровий характер бельгійської федерації, її двополярність, а також тенденція розширення автономії суб'єктів федерації можуть стати сприятливим ґрунтом для розвитку сепаратистських настроїв. Недоліки інституціональної системи можуть призвести до серйозних політичних криз та навіть паралізувати діяльність центральних органів влади⁴.

Особливістю держав з федеративним устроєм є наявність у них так званого «федеративного режиму» або «державного режиму федерації», своєрідність якого виражається в особливості правових прийомів і засобів формування, розподілу й здійснення функцій державної влади. Композиція державного суверенітету в класичному його розумінні вибудовується, умовно кажучи, у вигляді співвідношення «одна держава – один суверенітет». Як з теоретичної, так і з практичної точок зору об'єднання декількох суверенних держав та

утворення на цій основі нової держави вносить в дане співвідношення серйозний дисбаланс. На практиці він з часом усувається, але лише частково. Чим послідовніше втілюються федералістські начала у державі, тим дисбаланс очевидніше. З цієї причини, як зазначають деякі російські вчені, зокрема Ю.В. Кім (що дуже символічно та важливо у сучасних умовах), федеративна держава не є стійкою політичною формою. Ефект сегментарного державно-правового простору є постійним супутником федерацій. Він не може не позначатися відповідним чином на характеристиках державного режиму, який, тим не менш, традиційно розглядається крізь призму унітаристського погляду («одна держава – один режим»). Однак у федерації, в якій слідом за сегментацією державності уособлюються на рівнях федерації та її суб'єктів електорат і джерела легітимації публічної (державної) влади, державний режим також виявляється певною мірою фрагментованим. Цей деструктивний для стійкості держави фактор нейтралізується, з досвіду більшості стабільних федерацій, посиленням елементів державного унітаризму. Термін «федеративний режим» є адекватним, а також зручним для лаконічного позначення особливостей державного режиму федерацій.

Механізм територіального розосередження функцій державної влади у федераціях структурно близький до децентралізації, але не збігається з ним. Зовні організаційна структура федеративної держави виглядає як політично децентралізована. Однак таке уявлення оманливе. Між догмою і реальною практикою федералізму є серйозні розбіжності. У будь-якій з федеративних держав декларована конституцією федеративна форма знаходиться в протиріччі з існуючим змістом владовідносин, які природно структуруються унітарно. Особливо це стосується організації системи виконавчої влади, яка несе основне управлінське навантаження в державі. Саме тому, підсумовує Ю.В. Кім, державність, яка не спирається на унітарність, не може розглядатися як стійка⁵.

Такі висновки, які робляться у зарубіжній доктрині федералізму (у тому числі й російській, теоретики якої прагнуть обґрунтувати існування в Росії «унікальної моделі федералізму, що не має аналогів серед зарубіжних федеративних держав», проблеми якого «неможливо вирішити шляхом перенесення американської або німецької моделі федеративної держави»⁶), мають колосальне методологічне та прикладне значення. Абсолютно штучно культивована та фактично демонізована сьогодні, наприклад, в Україні ідея федералізму як найбільш завершеної форми регіоналізму та «неодмінної умови для самореалізації потенціалу регіонів, кожної територіальної одиниці, кожного громадянина»⁷, у сучасному світі розвивається значно повільніше, а за останній час виявилася скоріш послабленою, ніж зміцненою. Так, Л.Д. Карафіелло та К. Малфліт, хоч і переконані у позитивному впливі федералізму на процеси переходу до демократії, пишуть, що «федералістська діалектика зберігає полярність, конфліктність та напруженість»⁸. Американський політолог У. Рікер заперечує, що федералізм завжди слугує гарантією демократичних свобод. На його думку, між федералізмом та свободою немає простого причинного зв'язку⁹.

Тобто сьогодні існує серйозне протиріччя між доктринальними уявленнями про сутність і зміст федералізму та унітаризму, умови їх ефективного функціонування, розвитку й трансформації, що домінують у мисленні і діяльності вчених і політиків та реальною практикою розвитку систем територіальної організації сучасних держав. При цьому у вітчизняному дискурсі дискусія про федералізм і унітаризм в Україні, періодично з'являючись, на сьогоднішній день вже перестала бути питанням звичайного академічного або політичного діалогу¹⁰. У силу цього, на наше глибоке переконання, формування цілісної парадигмально-конституційної основи сучасного українського унітаризму відіграватиме вагому інформаційно-пропагандистську роль у процесах протидії здебільшого проросійськи орієнтованим концептам федералізації України¹¹.

Зарубіжні дослідження свідчать, що абсолютно прямого зв'язку між федералізмом та демократією, децентралізацією управління та досягненням широких прав і свобод людини немає. Єдине лише формальне проголошення федералізму не гарантує демократизацію та децентралізацію управління, збалансування соціально-економічних відносин, досягнення свободи особистості. Існують унітарні держави, в яких людина реально здійснює конституційні права (європейські держави), та федеративні держави, в яких порушуються конституційні права і свободи (досвід сучасної Російської Федерації є тому вагомим прикладом)¹².

До речі, саме ця обставина, на наш погляд, є причиною того, що питання вітчизняного унітаризму зводиться тільки до суто політичної тематики або віддається на відкуп формально-юридичним методам його вирішення. При цьому не враховується, що визначення цього феномена – це питання, яке напряму пов'язане з аксіологічними, онтологічними, гносеологічними, сутнісно-субстанціональними та функціонально-телеологічними перспективами розвитку української державності.

Джерело різничань та полярності позицій у поглядах як теоретиків, так і практиків на природу унітаризму та федералізму полягає не тільки у відмінностях геополітичних і соціально-економічних умов та чинників їх виникнення, розвитку і функціонування, а й у недостатній мірі рефлексивності в осмисленні проблеми з точки зору практики конституційного правокористування. Для нас є очевидним, що відмінності у розумінні сутності, змісту, принципів, функцій унітаризму та федералізму визначаються явними та неявиими світоглядними та теоретико-методологічними передумовами, пов'язаними не лише з розумінням місця і ролі сучасної політичної мапи світу держави Україна, її завдань та функцій, сутності її державної території, а генезису, природи та перспектив розвитку суспільно-політичного й духовно-культурного буття Українського народу в цілому.

Тому те чи інше бачення політичного, соціального, історичного, духовно-культурного, ментального простору його існування неодмінно детермінуватиме трактування природи і ролі унітарності території української держави як конституційної цінності. У зв'язку з цим найбільш перспективним є рух у такому напрямі, який відкриває можливість для активізації та зміцнення унітарної моделі її територіального устрою, оскільки саме недооцінка статусу і ролі державної території стала причиною деформації самої сутності українського унітаризму.

Саме відсутність відрефлектованого наукового тлумачення питання та насамперед соціально-філософського обґрунтування унітаризму в Україні породжує суперечливі погляди на завдання і форми організації її території. Як наслідок, має місце перманентна ідейна і практична боротьба за визначення суверенних прав держави та народу, зіткнення відцентрових та доцентрових тенденцій, розподіл зон відповідальності суб'єктів публічної влади, повноважень і ресурсів тощо.

Висновки. Вивчення теоретико-методологічних та конституційно-правових аспектів територіального устрою України, у тому числі і з позицій компаративного аналізу загальних проблем сучасного унітаризму та федералізму, дає змогу реалізувати установчу, політичну, юридичну, регулятивну, стабілізуючу, програмну, охоронну, обмежувальну, виховну; ідеологічну та інші функції Конституції України, конституціоналізму та конституційного права, їх динамічний характер, виявити рівень реального впливу науки, юридичної науки зокрема і насамперед науки конституційного права, на правотворчість та правозастосування у діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, способи застосування юридичної техніки як механізму підвищення ефективності як конституційно-правового регулювання суспільних відносин.

¹ Енгібарян Р.В. Сравнительное конституционное право: учеб. пособ. Москва: Юристъ, 2005. С. 210.

² Касаткина Н.А. Формы государственного устройства современности: теоретико-правовое исследование: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Санкт-Петербург, 2015. С. 87, 92.

³ Батанов О.В. Концептуальні проблеми сучасного унітаризму. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 1. С. 87–92.

⁴ Бегаева А.Х. Бельгийский федерализм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Москва, 2008. С. 3, 24.

⁵ Ким Ю.В. Федеративная государственность: Сущность, генезис, проблемы развития: Теоретико-методологические основы: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02. Тюмень, 2009. С. 26–28.

⁶ Битюцкий Е.В. Конституционная модель современного российского федерализма: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Пенза, 2017. С. 24.

⁷ Тихонов В. Манифест федерализма, или путь к демократическому государству. Луганск, 2004. С. 42.

⁸ Основы теории и практики федерализма: пособ. для студ. высших учеб. завед. / отв. ред. К. Малфлит. Лейвен: Ин-т Европейской политики: Отделение полит. наук Католического ун-та г. Лейвен (Бельгия). Лейвен, 1999. С. 4.

⁹ Riker W. Federalism: Origin, Operation, Significance. Boston: Little, Brown and Company, 1964. P. 15.

¹⁰ Реньов Є.В. Цінності конституційного ладу України та їх правова регламентація: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Харків, 2017. С. 15.

¹¹ Бузина О. Україна. Федералізм і антифедерасты. *Олесь Бузина. Авторский сайт-сообщество*. URL: <https://buzina.org/rovtorenie/2465-federalism.html>; Ветров В. Федеративная Украина – так ли страшен черт, как его малюют? *Новости Украины*. URL: <https://from-ua.com/eco/f0aa468b86251.html>; Кириченко И. Уроки федерализма для Украины. *Сайт Общественного движения «Украинский выбор – Право народа»*. URL: <http://vybor.ua/article/federalization/uroki-federalizma-dlya-ukrainy.html>; Колесніченко В., Бортнік Р. Федеративна Україна: безальтернативна альтернатива розвитку Української держави. *Голос України*. 2009. № 194 (4694). 15 жовтня. С. 4–5; Медведчук В. Державотворчий потенціал федеративної трансформації України: конституційно-правові аспекти. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2. С. 98–107; Медведчук В. Доктринальна модель побудови федеративної держави: українська ретроспектива і сучасність. *Право України*. 2013. № 9. С. 289–305; Мочалов А. Азбука федерализма. Лекція перва. *Сайт Общественного движения «Украинский выбор – Право народа»*. URL: <http://vybor.ua/video/federalization/aleksandr-mochalov-azbuka-federalizma-lekciya-pervaya.html>; Мучник Г. Унитарная нетерпимость или федеративное добрососедство? *Еженедельник 2000*. URL: <http://2000.net.ua/2000/svoboda-slova/sotsium/81302>; Тихонов В. Манифест федерализма, или путь к демократическому государству. Луганск, 2004. 64 с.; Толочко П. Нам нужно федеративное государство. *Сайт Общественного движения «Украинский выбор – Право народа»*. URL: <http://vybor.ua/video/federalization/nam-nujno-federativnoe-gosudarstvo.html> та ін.

¹² Бочило А.Е. Российский федерализм и правовой статус личности (конституционно-правовые исследования): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Челябинск, 2013. С. 9, 16.

Резюме

Батанов О.В. Порівняльна характеристика унітаризму та федералізму: концептуальні аспекти теорії та практики.

Метою статті є порівняльно-правове дослідження сутнісних і змістових характеристик унітаризму та федералізму як феноменів сучасного конституційного права. Показаний синергетичний зв'язок між доктринами сучасного унітаризму або федералізму, принципами унітарності або федеральності державної території і фундаментальними інститутами політико-правового та державно-управлінського життя сучасних унітарних та федеративних держав. Доводиться, що державний устрій – це не лише один із важливих компонентів процесу досягнення завдань, цілей та функцій сучасних держав, а й іманентна ознака і стратегічний елемент механізму реалізації їх суверенних прав.

Доводиться, що унітаризм та федералізм є багатовимірними соціально-політичними та конституційними явищами: це і ідеї, і самостійні теорії та наукові напрями, і глобальні соціальні та конституційні практики, і конституційні форми існування та функціонування територіальних колективів і регіонів, і історичний стан державності, і форми реалізації національної ідентичності та громадянськості тощо.

Ключові слова: унітаризм, унітарність, федералізм, територія, держава, державний устрій.

Резюме

Батанов А.В. Сравнительная характеристика унитаризма и федерализма: концептуальные аспекты теории и практики.

Целью статьи является сравнительно-правовое исследование сущностных и содержательных характеристик унитаризма и федерализма как феноменов современного конституционного права. Показана синергетическая связь между доктринами современного унитаризма или федерализма, принципами унитарности или федеральности государственной территории и фундаментальными институтами политико-правовой и государственно-управленческой жизни современных унитарных и федера-

тивных государств. Доказывается, что государственное устройство – не только один из важных компонентов процесса достижения задач, целей и функций современных государств, но и имманентный признак и стратегический элемент механизма реализации их суверенных прав.

Доказывается, что унитаризм и федерализм являются многомерными социально-политическими и конституционными явлениями: это и идеи, и самостоятельные теории, и научные направления, и глобальные социальные и конституционные практики, и конституционные формы существования и функционирования территориальных коллективов и регионов, и историческое состояние государственности, и формы реализации национальной идентичности и гражданственности и тому подобное.

Ключевые слова: унитаризм, унитарность, федерализм, территория, государство, государственное устройство.

Summary

Oleksandr Batanov. Comparative characteristics of unitarism and federalism: conceptual aspects of theory and practice.

The aim of the article is a comparative legal study of the essential and substantial characteristics of unitarism and federalism as phenomena of modern constitutional law. The synergetic relationship between the doctrines of modern unitarism or federalism, the principles of unitarism or federalism of the state territory and the fundamental institutions of the political, legal and state-administrative life of modern unitary and federal states is shown. It is proved that the state system is not only one of the important components of the process of achieving the tasks, goals and functions of modern states, but also an immanent sign and a strategic element of the mechanism for the realization of their sovereign rights.

Given the unitarity of the Ukrainian state, special emphasis is placed on the importance of the principles of unitarism in the functioning of the constitutional system of Ukraine. The complexity, importance and relatively widespread use of unitarity as a form of government is causing a lively and ever-growing scientific interest in it throughout the world. The unique ability of unitarism to take into account the specific features of a particular condition allows it to manifest itself in each case in a new way. That is why it is important to analyze the mutual influence of unitary theory and practice, to explore and take into account the peculiarities of national unitarism.

The problem of unitarism and the unitary form of the territorial structure of the state and the status of its constituents is one of the least studied in domestic constitutional law. Modern representatives of the science of constitutional law, as a rule, are limited to consideration of individual issues of the territory, in particular, the features of the territorial organization of state power and local self-government, problems of state sovereignty, territorial integrity and inviolability, etc. To a large extent, a lack of study of the problem in contemporary Ukraine causes difficulties in understanding such interrelated but not identical phenomena as unitarism and unitarity, regionalism and regionalization, municipalism and municipalization, decentralization and deconcentration, etc. It should be noted that in modern literature on issues of state territory, territorial organization of state power, and other issues of the status of territory, the complex, multidimensional nature of unitarism as a constitutional category is not always taken into account.

It is proved that unitarism and federalism are multidimensional socio-political and constitutional phenomena: these are ideas, and independent theories and scientific directions, and global social and constitutional practices, and constitutional forms of existence and functioning of territorial collectives and regions, and the historical state of statehood, and forms of realization of national identity and citizenship, etc.

Key words: unitarism, unitarity, federalism, territory, state, state system.

V. MAKARCHUK, V. MARKOVSKYI, R. DEMKIV, A. LYTVYENKO

Volodymyr Makarchuk, Dr. hab. in Law, Professor,
Professor of the National University "Lviv Polytechnic"*
ORCID: 0000-0001-5441-0468

Volodymyr Markovskiy, Ph.D. in Law, Associate Pro-
fessor of Lviv State University of Internal Affairs**
ORCID: 0000-0001-7425-4458

Roman Demkiv, Ph.D. in Law, Associate Professor of
Lviv State University of Internal Affairs***
ORCID: 0000-0003-3867-7968

Anatoliy Lytvynenko, Postgraduate student of Lviv
University, Postgraduate student of Robert Gordon
University (Aberdeen, Scotland)****
ORCID: 0000-0001-7410-5292

THE ADJUDICATION OF THE LANGUAGE OF EDUCATION CASE IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE – A COMPARATIVE ANALYSIS WITH ECTHR JURISPRUDENCE

Introduction. On 6 October 2017 the Constitutional Court of Ukraine registered the constitutional submission of 48 People's Deputies of Ukraine on the compliance of the Law of Ukraine 'On Education' dated 5 September 2017 with the Constitution of Ukraine (*constitutionality*) (hereinafter – the petition, alternatively – the constitutional submission)¹.

In the introductory part of the Petition the subject of the right to a constitutional submission stated that the Law of Ukraine 'On Education' of 5 September 2017 (hereinafter – the Law on Education of 2017)² does not generally correspond to the Constitution of Ukraine and is discriminatory. However, in 3 out of 5 parts of the Petition, the subject of the right to a constitutional submission (hereinafter – the Petitioner) proved the unconstitutionality of Article 7 'Language of Education' of the Law on Education 2017, which contains the basic requirements that determine the language of education. That is, the efforts of the Ukrainian state to secure the status of the Ukrainian language as a state language, in particular, in the field of education, caused a negative reaction of part of the Ukrainian political establishment and claims of discrimination against national minorities of Ukraine.

The case for this constitutional proceeding lasted from April 2017 to July 2019. On 16 July 2019, the Constitutional Court of Ukraine announced the judgment on the compliance of the Law on Education with the Constitution of Ukraine. However, this does not mean that the Ukrainian citizens will not be able to lodge lawsuits to the ECtHR in violation of (*hypothetically*) their right to education in their mother tongue. So, our aim is to find out if the Law on Education of 2017 violates Article 14 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as 'the Convention'). We also need to find out whether such actions by citizens of Ukraine to the ECtHR can be maintained, since Ukrainian courts have already faced lawsuits on the right to education on their mother tongue³.

When forming legal positions in support of Article 7 of the Law on Education 2017 and represented in the Constitutional Court during the constitutional proceeding we certainly have taken into account the legal positions of the ECtHR in such cases.⁴ This is, in particular, the *Belgian linguistic case* (1966),⁵ *Juta Mentzen*, also known as *Mencena v. Latvia* (2004)⁶, *Case of Catan and others v. Moldova and Russia* (2012)⁷.

Literature review.

The coherence of national constitutional courts' case law and the jurisprudence of the European Court of Human Rights has been the subject of review of several legal academics, such as S. Shevchuk (2011)⁸, E. Marzano (2017)⁹,

© V. Makarchuk, V. Markovskiy, R. Demkiv, A. Lytvynenko, 2020

* **Володимир Степанович Макарчук**, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Національного університету «Львівська політехніка»

** **Володимир Ярославович Марковський**, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

*** **Роман Ярославович Демків**, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

**** **Анатолій Анатолійович Литвиненко**, аспірант Львівського національного університету ім. Франка, аспірант Університету ім. Роберта Гордона (Абердін, Шотландія)

I. Toronchuk and V. Markovskiy (2018)¹⁰ and R. Malko (2020¹¹). Some of the abovementioned academics commented upon the criticism of the Venice Commission concerning the Ukraine's law on Education. Stanislav Shevchuk, the ex-ad hoc judge of the European Court of Human Rights (from Ukraine) claimed that the jurisprudence of constitutional courts has to be coherent with the case law of the European Court of Human Rights. Upon this issue, he said, that "Albeit the courts of general jurisdiction, headed by the Supreme Court of Ukraine are more accustomed to apply the case law of the European Court of Human Rights (as there is a link to the trial facts of the European Court's judgments, which bear a direct impact on the validity and obligatoriness of its jurisprudence), the Constitutional Court has to possess a paramount role in the adjustment of the European Court's case law and its implementation into the legal system of Ukraine being guided by the principles of subsidiarity and supremacy of Ukraine's Constitution¹². E. Marzano (2016) hallmarked the inconsistency of the Venice Commission, which seems to be repetitive, coming to a conclusion that there is very little consecution in the EU language policy. Such an inference was made, inter alia, owing to the fact that the language equality status and a multi-lingual regime in the European Union were settled as a recognition of the cultural standalone of the member-states. At the same time, the internal agreements practically presuppose a limited set of "working" languages, that is, far not all EU languages are the "working" languages of its official bodies. Hence, only such languages, as French, English and German are used. This author has also analyzed the most outstanding court judgments concerning the language-related relationships in the EU states.¹³ The paper of I. Toronchuk and V. Markovskiy (2018) analyzed the recommendations of Venice Commission concerning the application of language rights of minorities in the sphere of education¹⁴. Another publication by R. Malko criticizes the conclusion of the Venice Commission concerning the Ukraine's "Law on the fulfillment of Ukrainian language operation as the state language" of 25.04.2019. This author claims they lack consequence and have not considered the Ukrainian context, literally: "... in the style of morbid European discomposure and tolerance"¹⁵.

Aim of the scientific paper.

The purpose of the article is the analysis of the participants' arguments of the Petition relating to the compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the Law on Education; the analysis of the legal positions of the Constitutional Court of Ukraine in this trial and their conjunction with the relevant ECtHR case law.

Main body.

Historical Background.

The language policy of the Ukrainian authorities, which has been conducted from 1991 to 2014 on securing the rights of national minorities to receive education in their mother tongue, has hardly drawn criticism from the EU institutions. The same issue concerns the neighboring countries whose national minorities reside in Ukraine and have the opportunity to receive education in their mother tongue, such as Hungary or Russia.

However, the Russian aggression, which began in February 2014 clearly testified that Ukraine was deprived of its jurisdiction over precisely those territories where the schools with the state (Ukrainian) language of instruction were the least. This also applies to the Crimea and the individual eastern regions of the Luhansk and Donetsk regions. Thus, the Ukrainian authorities received a very negative experience of language policy, the basic principle of which was the possibility of using minority languages in different spheres of public relations instead of the state language. These include areas of social relations, such as education, the activities of local governments, television, radio and information space.

The reservations made by the Constitutional Council of France, in the case of ratification of the European Charter for Regional or Minority Languages on the threat to the principle of the integrity of the republic by extending the use of minority languages in the public sphere no longer seem groundless¹⁶. Similar reservations on the integrity of the state occurred to the Belgian Government in relation to the treatment of the complaints by the French-speaking Belgians in the ECtHR concerning the 'discriminatory' provisions of the Act, 1963.¹⁷ We hope these facts will encourage the stateholders and the judges of the ECtHR to take into account these circumstances when adjudicating trials involving the use of national minority languages in public relations.

The Russian aggression which outbroke in 2014 and natural attention in such circumstances to European practice prompted the Ukrainian authorities to change their approaches to the formation of language policy in the field of education, compared to the one conducted by the pro-government Party of Regions led by its leader and former President V. Yanukovich (currently accused in high treason) from 2010 to 2014. An instrument of such policy was the Law of Ukraine 'The grounds of State language Policy' of 3 June 2012¹⁸ (hereinafter – Law on Language Policy 2012). This law was declared unconstitutional in accordance with the judgment of the Constitutional Court of 2 February 2018 No. 2-р/2018¹⁹. The constitutional proceedings lasted from October 2014 to February 2018, and it was the rules of this Law that the Petitioner referred to while contesting the provisions of Article 7 of the Law on Education 2017. It is important to understand that the constitutional proceeding of the Law on Education had started before the Law on Language Policy 2012 was declared unconstitutional under the judgment of the Constitutional Court of Ukraine dated 28 February 2018.

The Parliament of Ukraine has passed a number of legislative acts that would reduce the scope of the use of Russian language (which is under the Constitution of Ukraine the language of the national minority) in the information space, as well as increase the sphere of the use of the Ukrainian language as a state language on radio and television²⁰. Although the state's reaction to Russia's military and information aggression was delayed, the realization of the need for a change in language policy resulted in the introduction of laws that would diminish the possibility of informational influence of any propaganda that threatens Ukraine's sovereignty during the war.

The next step was the adoption by the Parliament of the Law on Education in 2017 containing Article 7 'Language of Education' that caused such significant public resonance. Subsequently, on 25 April 2019 the Parliament adopted the Law 'On Ensuring the Functioning of the Ukrainian Language as the state language'²¹ which enshrines the provisions of Article 7 of the Law on Education 2017.

Criticism of Article 7 of the Law on Education 2017 in the EU and Russian Federation.

This paragraph analyzes the legal positions of the entities that could impact the judges of the Constitutional Court of Ukraine in this proceeding, in particular, the legal positions of the Council of Europe and the European Commission for Democracy through Law (hereinafter referred to as the *Venice Commission*), politicians of other countries, including Hungary and Russia. The fact is that the EU's critical remarks and the political statements of Hungary and Russia were used by the Petitioner in the relevant constitutional submission which is under our analysis. However, it was the attempt to enforce the legal basis of political statements that became the weakest link in the constitutional submission, which will be mentioned later.

We should remind that on 10 October 2017 the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (hereinafter – PACE) held a discussion of Article 7 ‘Language of Education’ of the Law on Education 2017. The PACE Resolution No.2189 (2017) contained a critical observation, the essence of which is that Article 7 of the Education Language of the Education Act allegedly creates an inappropriate balance between the official language and the languages of national minorities and ‘causes a significant reduction in the rights previously recognized by national minorities in respect of their own language of instruction’²².

Soon after, on December 11, 2017, the Venice Commission published its own opinion No. 902/2017 on the provisions of the Law on Education of 5 September 2017.²³ Considering the fact that we already analyzed the legal positions of the Venice Commission relating to legislative acts of Article 7 of the law on Education²⁴, we will mention only those provisions which were also observed by the Petitioner.

Therefore, the Venice Commission Opinion contains a number of reservations to Article 7 of the Law on Education, namely: 1) different legal regimes for indigenous peoples and national minorities (paras 40, 41); 2) different legal regimes for different categories of minorities (paras no. 42, 43, 48); The Venice Commission's opinion on the Ukrainian Law on Education referred to unequal treatment of national minorities and non-respect of the principle of non-discrimination against the Russian minority (paras 106–115)²⁵. This opinion is found in the English text of the Ukrainian legislation on the rights and guarantees of national minorities, including the positions of the Constitutional Court of Ukraine concerning the procedure of the use of languages in public relations.

The opinion of the Venice Commission also noted the collision of legal provisions that arose between Article 20 ‘Language of Education’ of the Law on Language Policy 2012 (expired on 28 February 2018 based on the judgment of the Constitutional Court of Ukraine) and Article 7 ‘Language of Education’ of the Law on Education. Therefore, the experts of the Venice Commission have hypothesized that Article 7 of the Law on Education 2017 is contrary to the provisions of Article 22 of the Constitution of Ukraine, since it reduces the level of protection guaranteed by Article 20 of the Law on Language Policy 2012. At the same time, the Venice Commission emphasized that ‘The Venice Commission is not in a position to take a firm stance on this issue, as it does not have at its disposal the necessary relevant material (such as case law, doctrinal comments) on the interpretation of this provision, and this is not within its mandate’ and this problem will be solved by the Constitutional Court of Ukraine²⁶.

This hypothesis on the inconsistency of Article 7 of the Law on Education and Article 22 of the Constitution of Ukraine was taken as the basis and used by the authors of the petition as an argument for proving the unconstitutionality of the Law on Education 2017. In their view, this should serve as the main proof of narrowing of the language rights of minorities in comparison with the previous practice that is contrary to Article 22(3) of the Constitution. This is, in particular, specified in the *2nd part* of the Petition.

As it turned out, this method of attacking the prescriptions of the Law on Education 2017 proved to be inappropriate, since during the constitutional procedure the Law on Language Policy 2012 was declared unconstitutional in accordance with the judgment of the Constitutional Court dated 28 February 2018²⁷.

Summarizing the criticism of Article 7 of the Law on Education, its opponents agreed that the amendments to this law taper the rights of national minorities, compared with the legal provisions of Article 20 ‘Language of Education’ of the Law on Language Policy 2012 (defined as unconstitutional on 28 February 2018). One of the main arguments that criticized the article of the Law on Education was the allegation of the violation of the rights of minorities, which, in their opinion, was due to the unequal treatment of minorities and the introduction of a bilingual model of education in schools where the educational process has previously been exclusively in minority languages.

Such situation in Ukraine was used by Russia and Hungary as a pretence for pressure and proclamation of political statements meaning the interference in the internal affairs of Ukraine under the pretext of protecting the rights of national minorities.* On 27 September 2017 the Russian State Duma declared that Ukrainian legislation violates the rights of Russian-speaking minorities in Ukraine and the Law may become an ‘*act of ethnocide*’. The resolution also called on the United Nations, the OSCE and the Council of Europe to take steps to protect national minorities in Ukraine.²⁸ Such statements by the Russian authorities encourage Ukrainian historians to make analogies with the problem of the Sudeten Germans, who wanted to ‘protect’ Hitler with the purpose of annexation of part of Czechoslovakia. Soon an imaginary nazi *Führer* used the protection of a German minority for pressure on Poland and a start for the war actions against this new victim.

But if Russia's accusations of the victims of own aggression in a ‘incorrect’ or even ‘nazi’ national policy are no longer a surprise, then the Hungarian Foreign Ministry's statements appeared as a surprise to the Ukrainian authorities. Thus, on 1 March 2018 the Hungarian Foreign Minister P. Sijarto stated that ‘Hungarian-language schools which currently number 71 should be closed within 4-years period’²⁹. However, these statements do not comply with the language policy pursued by the Ukrainian authorities under Article 7 of the Law on Education. No Hungarian school has been closed and is not going to do this, and there are no lawsuits concerning the violation of the language rights of the Hungarians including the field of education according to the state register of court cases of June, 2019.

* This aspect of our problem is a part of hybrid war waged by Russia against Ukraine.

For the national minorities of Ukraine, the Russian, and partly the Hungarian propaganda campaigns had a considerably negative effect. We assume that the Constitutional Court of Ukraine judges were also forced to take into account public opinion in Ukraine in this particular case, since the possibility of being subjected to such external pressure could have extremely negative consequences for this institution, in particular, causing mass protests by Ukrainian citizens that was not for the first time. In particular, one can mention the protests against the pro-Russian President Yanukovich (accused of treason) who through the ruling Party of the Regions promoted the Language Policy Act of 2012 with gross violations of the procedure for adopting the laws defined by the Constitution³⁰.

Positions of the participants in the constitutional proceeding.

This part deals with the positions of the Petitioner expressed in the constitutional submission on the unconstitutionality of the Law on Education and the positions of the participants of the constitutional proceeding, in particular, the Government. We will not analyze absolutely all the parts of the petition, as some of them touch upon the issues of terminology of the law and legislative procedure.

Concerning the first part of the petition which refers to the inconsistency of the Law of Ukraine "On Education" of 5 September 2017 of Articles 8, 10, 11, 24 and 53 of the Constitution of Ukraine.

The first part of the petition substantiates the positions of the Petitioner and asserts that Article 7 of the Law on Education does not comply with Article 53 of the Constitution of Ukraine since it violates the language rights of national minorities of Ukraine to education in their mother tongue. In the petition they complain that the legislator 'permitted the abolition of the guaranteed natural right of persons belonging to national minorities of Ukraine to study in their native tongue at communal establishments of general secondary education'³¹. The previous page of the petition used the term 'tapering of the right'³².

Firstly, it should be emphasized that the Petitioner has testified to his own misunderstanding of the essence of natural human inalienable rights according to the preamble to the International Pact on Civil and Political Rights of 16 December 1966. The Petitioner unjustifiably identifies the inalienable right of a person to use mother tongue in accordance with Article 27 of the International Pact on Civil and Political Rights³³, and the positive obligation of the State under Article 2 of Protocol No. 1 of the Convention. The ECtHR's legal positions contained in Belgian language cases state: 'The right to education guaranteed by the first sentence of Article 2 of the Protocol (P1-2) by its very nature calls for regulation by the State which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals'³⁴.

In addition, in the case of *Catan and Others v. Moldova and Russia* (2012) the ECtHR acknowledges the right to education is not absolute despite its concordance and could be subjected to restrictions. Provided the very substance of this right is not prejudiced, these restrictions are indirectly permitted, since the right to access 'by its very nature requires regulation by the state'³⁵.

Therefore, the position of the Constitutional Court of Ukraine was also quite concise and clear, indicating to the discretion of the state regarding the legal regulation of the language of the educational process: 'The problem of educational levels for the instruction of national minorities in their native tongue, the number of teaching hours or the period for mastering a certain language is a prerogative of the legislator since under the Basic Law of Ukraine he is endowed with the relevant powers in this field (Part 5 of Article 53, items 4,5 of Part 1 of Article 92)³⁶.

During the oral hearing one of the co-authors of the article (V. Markovsky) draw the Court's attention to the inconsistency of the argument raised by the Petitioner in an attempt to justify the incompatibility of Article 7 to the Law on Education of the Constitution.³⁷ In arguing its position, the Petitioner on p. 5 asserts that the provisions of Article 7(1) 'Language of Education' of the Law on Education 2017 'restricts the constitutional right to study in the language of national minorities in communal educational establishments for general secondary education guaranteed by Part 5 of Article 53 of the Constitution of Ukraine'³⁸.

Further, in the last *paragraph of the first part* of the constitutional submission the Petitioner insists on the 'abolition of the guaranteed natural right' to study in mother tongue, namely: 'the legislator violated the provisions of Articles 8, 10, 11, 24, 53 of the Constitution of Ukraine and allowed *revocation* of the guaranteed natural right to study in communal educational establishments of general secondary education in the language of the respective national minority along with the state language'³⁹.

However, the Petitioner's allegation that the legislator in Article 7 of the Law on Education 2017 allowed the revocation of the right guaranteed by Part 5 of Article 53 of the Constitution of Ukraine (the right to education in mother tongue) is contrary to the truth. Paragraph 3 of Part 1 of Article 7 of the Law on Education 2017 states: 'Persons belonging to national minorities of Ukraine are guaranteed the right to study in educational establishments for pre-school and primary education in the language of the respective national minority along with the state language'⁴⁰.

In view of the above-stated, we consider the claim of the Petitioner on the abolition in Article 7 of the Law on Education of the right of national minority to study in mother tongue guaranteed by Part 5 of Article 53 of the Constitution of Ukraine to be unfounded.

In addition, paragraph 5 of Part 1 of Article 7 of the Law on Education 2017 contains a legal provision according to which all national minorities are guaranteed the right to study in mother tongue at all levels of education⁴¹, which corresponds to Part 5 of Article 53 of the Constitution of Ukraine.

Furthermore, the provisions of Part 4 of Article 7 of the Law on Education 2017 state that educational establishments may, in accordance with the educational program, to teach one or more disciplines in two or more languages – the official language, English and other official languages of the European Union⁴². According to this provision of the Law, educational establishments of Ukraine at all levels provide for the possibility of teaching several official disciplines in the official languages of the European Union countries, whose national minorities reside in Ukraine. For example, chemistry and biology can be taught at Ukrainian educational institutions simultaneously in Polish and Ukrainian, or in Hungarian and Ukrainian. We will not dispute the appropriateness of such a new Law,

but it significantly extends the rights of minorities in the field of education compared to Part 1 of Article 7 of the Law. That is, the legal norm of Part 1 of Article 7 The Law on Education 2017 that the persons belonging to national minorities are guaranteed the right to study in their mother tongue along with the state language for pre-school and primary education, is not a dogma and does not provide for the exclusion of minority languages from the educational process on the second and the third level of secondary education. Therefore, this provision (Part 4 of Article 7) of the Law on Education 2017 is fully capable of eliminating any criticism in Ukraine's attempt to narrow the scope of linguistic rights of national minorities in the field of education.

The Position relating to discriminatory.

The first part of the constitutional submission also substantiates the position of the Petitioner indicating that the Law on Education concerning national minorities of Ukraine does not observe the principle of non-discrimination. In particular, it is noted that the legislator allowed 'discriminatory advantages (*privileges*) on the grounds of language and ethnic origin in relation to the right to study at communal educational establishments for general secondary education in the language of the indigenous people of Ukraine along with the state language, in comparison with persons belonging to national minorities of Ukraine'⁴³.

In other words, the introduction of diversified approaches to legislative regulation of language rights of national minorities and indigenous peoples in the field of education is interpreted by the Petitioner as 'discriminatory advantages on the basis of linguistic and ethnic origin'⁴⁴. The question is about a possibility of the Crimean Tatars⁴⁵ under Article 7 of the Law on Education 2017 to study in their mother tongue at all three levels of school education: elementary (1–4 grades), basic secondary education (5–9 grades) and at the level of profile secondary education (10–12 grades). The model of education for indigenous people envisaged by paragraph 4 of Part 1 of Article 7 of the Law on Education 2017 is also bilingual, since teaching at school should be conducted upon the native language for the Crimean Tatars alongside with the state language.

It follows from the ECtHR's legal position that jurisprudence under the Convention does not prohibit the establishment of a legitimate 'differentiation' in the enjoyment of guaranteed rights and freedoms: 'Article 14 does not prohibit distinctions in treatment which are founded on an objective assessment of essentially different factual circumstances and which, being based on the public interest strike a fair balance between the protection of the interests of the community and respect for the rights and freedoms safeguarded by the Convention'⁴⁶.

In such cases the Ukrainian legislator used the term 'Positive action'. According to paragraph 5 of Part 1 of Article 1 of the Law of Ukraine 'On the Principles of Prevention and Combating Discrimination in Ukraine' of 6 September 2012, there is a possibility of applying the so-called affirmative actions by the state against certain groups of persons in proper cases⁴⁷. The above-stated provision of the Law, in our view, reiterates the ECtHR's legal position in the Belgian linguistic case, in which the Court does not consider the decisions of the state to apply different legal solutions as law violation. The principle of equality is violated in cases when the difference does not have an objective and reasonable justification⁴⁸.

We should mention that in connection with Russia's occupation of certain territories of the Donetsk and Luhansk regions, as well as of the Crimean peninsula, Ukraine has to take such positive actions against certain groups of persons, in particular, the school-leavers from the Crimea and the occupied territories of Donbass who can enter Ukrainian higher educational institutions without compulsory Independent External Evaluation⁴⁹.

Due to the fact that the Russian occupiers closed part of the schools with the Crimean Tatar language of education⁵⁰, the Ministry of Education and Science of Ukraine, formulating the legal requirements of Article 7 of the Law on Education 2017, proceeded from the fact that they did not have their own country to support their culture and traditions. Thus, Tatars as indigenous peoples should be given the opportunity to study in their mother tongue alongside with the state language at all levels of secondary education.

It is doubtless that the conditions for the national and cultural development of the Crimean Tatars since 2014 have significantly deteriorated, first of all, due to the numerous violations of the rights of the Crimean Tatar people taking place in the Autonomous Republic of Crimea occupied by Russia⁵¹. This is also indicated in paragraph 110 of the Venice Commission's opinion on the provisions of the Law on Education⁵². Therefore, we assume the possibility and expediency of positive actions with regard to the Crimean Tatars as the indigenous people of Ukraine on the issue of securing their linguistic rights in the field of education.

Certain positive actions towards indigenous peoples that create a special position for them are also specified by *international acts*. Articles 13 and 14 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples also require a special approach to indigenous peoples' rights to education in their own language⁵³. Considering the fact that the international law makes distinctions between indigenous peoples and national minorities, it is appropriate to assume the difference in the regulation of their legal status.

It is stated in the motivational part of the judgment the Constitutional Court of Ukraine that due to the lack of a proper protection of their ethno-cultural identity, the indigenous peoples of Ukraine are usually in a less favorable and more vulnerable position and, therefore, need protection from the state in which they reside⁵⁴.

Concerning the second part of the petition on the inconsistency of the Law on Education 2017 of Article 22 with the Constitution of Ukraine.

The second part of the petition asserts that the legislator in Article 7 of the Law on Education 2017 'allowed the narrowing of the content and scope of existing natural rights and freedoms consisting in abolishing existing rights' to study in native language of indigenous peoples and national minorities of Ukraine, which allegedly violated the provisions of Article 22 of the Constitution of Ukraine⁵⁵.

That is, according to the Petitioner, the provisions of Article 7 'Language of Education' of the Law on Education 2017 narrows the scope of minority rights to education in their native language compared to the provisions of Article 20 'Language of Education' of the Law on Language Policy 2012⁵⁶.

The above-stated argument is used by anyone who has criticized and proceeds with criticizing the language article of the Education Act, both on the part of the EU and by internal opponents of this version of Article 7 of the Law on Education 2017. The Petitioner believes that an increase in the educational process in the state language will lead to the 'narrowing of the existing right' of minorities. But then the question arises: 'What level of protection will the state language have if at present the educational process is 90 % in the minority language?'. Similar arguments were used by Russia against the Republic of Lithuania in 2011⁵⁷.

It was important for the supporters of the constitutionality of the law of Ukraine to prove that the increase in the use of the Ukrainian state language is neither discrimination nor the narrowing of minority rights in the Ukrainian situation and has a legitimate, well-founded objective in public interests. In our opinion, they succeeded in proving this.

Consequently, the question aroused before the Constitutional Court of Ukraine if the increase in the volume of the educational process in the state language really meant the narrowing of the rights of national minorities to education in their mother tongue, in particular, considering the fact that until then, the educational process in minority schools was in their own language.

The decrease in the scope of the educational process in the languages of national minorities is regarded by the Petitioner as a violation of the right to education. In fact, the Petitioner aimed to prevent the increase of the use of the state language in the educational process of the schools with children of minority representatives, and the educational process was conducted in the languages of these minorities⁵⁸. That is, in such schools the state language (*national language*) is studied only as a discipline, and the educational process occurs in minority languages by about 90 %. Such wish of the minorities status-quo has its historical grounds and is connected with russification hold by the Soviet power of Ukraine⁵⁹. It was on the basis of the legal rules of the Law on Language Policy 2012 that the legal regime of languages was created, which was finally declared unconstitutional on 28 February 2018.

The above-stated resulted in some negative consequences for the national minorities since this led to a certain segregation of the young generation of Hungarians and Romanians of Ukraine, who are not able to fully integrate into Ukrainian society due to insufficient knowledge of the state language⁶⁰.

The participant of the constitutional submission Ex-Minister of Education and Science of Ukraine, Liliya Hrynevych also emphasized on this fact (2016–2019). In her opinion, this is just a violation of the rights of national minorities to education and contradicts the main provisions of the Hague Recommendations on the Rights of National Minorities for Education. She denoted that 'The situation we have today at schools where education is taught only in minority languages and the state is studied as a subject does not meet the interests of the society or the interests of children who are citizens of Ukraine. This is clearly evidenced by the results of the Independent External evaluation in the Ukrainian language and literature. In places of compact residence of the Romanian community this year 63 % of school graduates did not overcome the threshold 'passed' – 'failed to pass', 67.5 % – for the Hungarian community and 57 % – in the Berehovo region'⁶¹. So, the opportunities to receive higher education for school-leavers of Ukraine are essentially de-facto restricted. They are forced either to continue education in neighbour countries or to deny the very idea of such practice. All experts involved in the Constitutional Court of Ukraine in this proceeding in one way or another supported this position of the Ministry of Education and Science of Ukraine.

This was an argument which all the participants in the constitutional proceedings referred to (excepting the Petitioner) when they argued for the need to introduce the state language in the educational process (bilingual model of education). Therefore, strengthening of the measures aimed at increasing the level of proficiency of children of national minorities in the national language not only raise their opportunities for integration into Ukrainian society, but also inreach the amount of constitutional rights that they can realistically and fully enjoy in public life, in particular, the right to 'free choice of place of residence' (Article 33 of the Constitution of Ukraine), 'to participate in the management of state affairs, to freely choose and be elected to state authorities and local self-government bodies, to work as officials of these bodies' (Article 40 of the Constitution of Ukraine), 'the right to work' (Article 43 of the Constitution of Ukraine)⁶². The stated legal position of the Minister of Education and Science Liliya Hrynevych was supported and reproduced in the motivational part of the judgment of the Constitutional Court of Ukraine⁶³.

The document prepared by the President of Ukraine for the Constitutional Court of Ukraine states that its norms are not designed to impede the study of languages of national minorities or indigenous peoples, since its provisions are aimed at creating conditions for mastering the Ukrainian language in order to provide further opportunities for professional activity in the chosen field with the use of the state language⁶⁴.

The Constitutional Court of Ukraine took into account the abovegiven arguments and stated as underwritten: 'With the adoption of the Law on Education the state created conditions for full realization of the relevant rights of national minorities, including indigenous peoples of Ukraine, to study their native language, as well as to receive education in the state language regardless of their origin, to fully implement the rights defined by the Constitution of Ukraine'⁶⁵.

In our opinion the Constitutional Court of Ukraine took into account the ECtHR's positions formulated in Belgian Language case asserting that the right to education would be meaningless if a person does not fully benefit from this education. Lack of knowledge of the state language will constrain its ability to exercise the scope of constitutional rights⁶⁶.

Another conceptual disadvantage of the constitutional submission is that the Petitioner did not take into account the official interpretation of Article 10 of the Constitution of Ukraine in the judgment of the Constitutional Court of Ukraine of 14 December 1999 *No. 10-rp / 99* in the case of the use of the Ukrainian language.

The *second item* of the resolutive part of the above judgment clearly reads: 'Based on the provisions of Article 10 of the Constitution of Ukraine and the laws of Ukraine on guaranteeing the use of languages in Ukraine, including the educational process, the language of education in pre-school, general secondary, vocational and higher state and

communal educational institutions of Ukraine is Ukrainian. National and communal educational establishments, *alongside with the state language*, may, in accordance with the provisions of the Constitution of Ukraine, in particular Article 53(5), and the laws of Ukraine, use and study the languages of national minorities in the educational process⁶⁷.

It is clear that Article 53(5) of the Constitution of Ukraine legally establishes bilingualism in minority schools. In our opinion it means that the educational process at school must be carried out in the state language, and that the languages of national minorities and indigenous peoples may be used in the educational process only alongside with the state language and not instead. Therefore, it is a real *bilingual model of education* for national minorities and indigenous peoples of Ukraine.

In our view, there is a fairly clear position of the ECtHR on the issue raised in the second part of the constitutional submission – the meaning of the state language cannot be offset or in any way limited to the benefit of a minority. In the case of *MENCEN A against Latvia*, the ECtHR stated the following: ‘The Court recognizes that the State language for these states is one of the fundamental constitutional values similar to territory, state system and national flag. Language is in no way an abstract concept. It is indissolubly connected to how it is actually used by native speakers. Thus, by making the language official, the state is in principle obliged to guarantee its citizens the right to use this language both for transmission and for receiving information without interference not only in their personal lives but also in communication with the authorities. From this point of view, the Court suggests it is necessary to take into account measures aimed at protecting a particular language’⁶⁸.

The Constitutional Court of Ukraine was more concise here: ‘The state must ensure the full development and functioning of the Ukrainian language in all spheres of public life throughout Ukraine. Thus, Ukrainian as a state language is obligatory throughout the territory of Ukraine in the public sphere, as well as in social life, including the sphere of education’⁶⁹.

The second and the third parts of the petition also refer to the collision of legal provisions that arose in connection with the adoption of the Law on Education, which, in turn, will result in narrowing the scope of the rights of national minorities.

The petition stated that the previous Education Law of 1991, which had expired on 27 September 2017 contained a blanket standard according to which the language of education was determined in accordance with Article 20 of the Law on Language Policy 2012. Obviously, as of 6th October 2017 (the date of the submission to the Court of the Petition on the constitutionality of the Law on Education), the question was about the conflict between the legal norms of the Law on Language Policy 2012 (Article 20 ‘Language of Education’) and the Law on Education 2017 (Article 7, ‘Language of Education’)⁷⁰.

However, in accordance with the judgment of the Constitutional Court of Ukraine No. 2-р/2018 of February 28, 2018 the said Law on Language Policy 2012 was declared unconstitutional.⁷¹ The motivating part of the court’s judgment No. 2-р/2018 of February 28, 2018 states that the legislator violated the procedure for considering and adopting draft Law No. 9073 defined by the provisions of Part 3 of Article 84 and Part 1 of Article 93 of the Constitution of Ukraine during its adoption at the plenary sitting on 3 July 2012.

In other words, the legal consequence of the aforementioned judgment of the Constitutional Court of Ukraine No. 2-р/2018 dated 28 February 2018 is the recognition of the unlawfulness of the jurisprudence of applying an unconstitutional legislative act. The judgment has already become a *Ratio decidendi* (precedential) for the courts of general jurisdiction. In particular, on the basis of the judgment of the Constitutional Court of Ukraine of 28 February 2018 No. 2-р/2018 concerning the unconstitutionality of the Law on the Principles of State Language Policy of 16 July 2018 the Mykolayiv district administrative court made its own judgment to declare the resolution on the introduction of Russian language as a regional language of the Mykolayiv regional Council of 7 September 2012 No. 4 ‘On the implementation of the requirements of the law of Ukraine Law on Language Policy 2012 in the Mykolayiv region’ unlawful and invalid⁷².

Therefore, the legal basis for a large part of the constitutional submission has disappeared, in particular, the statement where the Petitioner refers to the Law on the Principles of State Linguistic Policy (the third part of the petition on the collision of legal provisions)⁷³.

It should be noted that the Constitutional Court of Ukraine did not in any way mention this aspect in its judgment, although we paid attention to it during the constitutional proceeding. This approach seemed to be strange to us in view of the obviousness of such legal facts.

Conclusions. So, the application of the right to education in the person’s mother tongue is impossible without certain special actions of the state implemented on the basis of the law. Accordingly, the scope of the educational process carried out in the minority’s native language is set by a national legislator (non-international-legal acts or under the pressure of a neighbour country or groups of states). In our view, this position does not contradict the jurisprudence of the ECtHR formulated in Belgian Linguistic case or case *Mencena v. Latvia (Mentzen v. Latvia) (2004)*.

This position is supported by all participants of the constitutional proceeding (except the Petitioner) and the Constitutional Court of Ukraine, since Article 92 of the Constitution states that the order of the use of languages in Ukraine is determined solely by laws. The Constitution of Ukraine does not contain any reservations on the legislator’s powers to detail the constitutional right of citizens belonging to minorities to study in mother tongue or to learn it.

At the same time the discretion of the legislator is limited by the constitutional guarantee of the ‘right to study in mother tongue’. The amendments to Article 7 of the Law on Education enshrine the principle of bilingualism in the education of national minorities (official language and the language of a relative minority or the indigenous peoples) and do not deny the right of minorities to education in their native language.

According to the Constitutional Court’s position the question is about the attempts to achieve a certain equitable balance between a compulsory learning and knowledge of the state language and preserving the peculiar national identity of the minorities.

The provisions of this law only increase the use of the state language in the educational process, which aims to improve the legal capacity of minorities and the indigenous people in Ukraine. In other words, the legislative changes are aimed specifically at eliminating discrimination against representatives of national minorities by enhancing their ability to participate in the political life of Ukraine. This legal position became fundamental in proving the constitutionality of the legal norms of the Law on Education 2017 by all participants of the constitutional proceedings (except the Petitioner).

The above-stated position was taken by the Constitutional Court of Ukraine as a basis while hearing the case. The legal positions of the Latvia's Constitutional Court in the trial on the education reform constitutionality are analogous, which is aimed at enlarging the volume of the state language and slightly decrease the specific weight of the use of the minorities' languages in the school educational process.

An absurd situation when national minorities can not speak the state language properly should be changed and balanced on the basis of Article 7 'The language of education' of the Law on Education 2017. The specified Article 7 of the Law on Education 2017 introduces bilingualism in the system of public education for national minorities and indigenous peoples in Ukraine, where part of the educational process for minorities in the state language cannot be less than 50 %. It should be noted here that there is only one state language in Ukraine according to Article 10 of the Constitution. Other languages are the languages of national minorities.

As for the indigenous people, for example, the Crimean Tatars, the possibility of introducing different approaches (different legal solutions) to the education of national minorities of Ukraine and the Crimean Tatars as indigenous people is aimed at eliminating the actual inequality associated with the discrimination of the Crimean Tatars and the Russian occupation of the Crimea. In this case, the Ukrainian state has not only the right to fully support its citizens, who are oppressed because of their ethnicity, but also have to do so because the language of the Crimean Tatars has been threatened by the closure of schools with this language. Therefore, the state's additional obligations in the field of indigenous education cannot be regarded as discrimination against national minorities.

In our view, this does not contradict the legal positions of the ECtHR in such trials in view of the legality of the goal set by the Ukrainian legislator, which was literally to enable the Crimean Tatars to study in their respective mother tongue alongside with the state language at all levels of school education.

¹ Concerning the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the Law of Ukraine "On Education" of 05.09.2017 No. 2145-VIII: Constitutional submission of 48 People's Deputies of Ukraine of 6 October, 2017 No. 17100046861. <www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_4072.pdf>, visited 21 September 2019.

² The Verchovna Rada of Ukraine. On Education: Law of Ukraine of 5 September 2017 № 2145-VIII. <[www://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19)>, visited 12 October 2019.

³ See. Donetsk District Administrative Court (Ukraine) 11 March 2019, Judgment no. 243/10706/18 Cases on disputes related to the implementation of state policy in the field of education, science, culture and sports. (Admin). <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/80627587>>, accessed 12 October 2019.

⁴ One of the authors of the paper, Markovskiy V., was involved by the Constitutional Court of Ukraine to participate in this constitutional proceeding. He sent a scientific expert opinion to this Court, which contained the counter-arguments on the constitutional submission of 6 October 2017. See Case File No. 1-75/2018 (4072/17) to the judgment of the Constitutional Court of Ukraine, No. 10-r/2019 <<http://www.ccu.gov.ua/dokument/10-r2019>>, visited 12 October 2019.

⁵ ECtHR 23 July 1968, No. 1474/62;1677/62;1691/62;1769/63;1994/63;2126/64, Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium (Merits).

⁶ ECHR 7 December 2004, No. 71074/01, Juta Mentzen, also known as Mencena v. Latvia.

⁷ ECtHR 19 October 2012, No. 43370/04, 8252/05 & 18454/06, Catan and others v. Moldova and Russia.

⁸ Shevchuk, Stanislav, The coherence of the case law of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Ukraine. The Ukraine's Constitutional Court Reporter (Vistnyk Constitutsijnogo Sudu Ukrainy). Vol. 2011, No. 4-5. p.p. 122-130, at p. 124.

⁹ Erica Marzano, The European Union Policy: Are they All One and the Same, The Legal Framework of EU Policies MEIS – II Year (2016/2017), MAT: 182079.

¹⁰ Ivan Toronchuk, Volodymyr Markovskiy. The implementation of the Venice Commission recommendations on the provision of the minorities language rights in the Ukrainian legislation // European Journal of Law and Public Administration. 2018. Vol. 5, № 1. P. 54-69.

¹¹ Malko, Roman, The Phantom of the Revision. Who, how and for what reason swings the language question, 6 March 2020, in "Tyzhden.ua" (URL: <https://tyzhden.ua/Politics/241213>), accessed 08.03.2020.

¹² Shevchuk, Stanislav, The coherence of the case law of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Ukraine. The Ukraine's Constitutional Court Reporter (Vistnyk Constitutsijnogo Sudu Ukrainy). Vol. 2011, No. 4-5. p.p. 122-130, at p. 124.

¹³ Erica Marzano, The European Union Policy: Are they All One and the Same, The Legal Framework of EU Policies MEIS – II Year (2016/2017), MAT: 182079.

¹⁴ Ivan Toronchuk, Volodymyr Markovskiy. The implementation of the Venice Commission recommendations on the provision of the minorities language rights in the Ukrainian legislation // European Journal of Law and Public Administration. 2018. Vol. 5, № 1. P. 54-69.

¹⁵ Malko Roman. The Phantom of the Revision. Who, how and for what reason swings the language question, 6 March 2020, in "Tyzhden.ua" (URL: <https://tyzhden.ua/Politics/241213>), accessed 08.03.2020.

¹⁶ Conseil Constitutionnel, Decision no. 99-412 DC du 15 Juin 1999 (on the European Charter for regional or minority languages) at para. 10.

¹⁷ ECtHR COURT (PLENARY) 9 February 1967, No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium (Merits), See para. 6. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57524>>, visited 21 September 2019.

¹⁸ Verchovna Rada of Ukraine. The Law of Ukraine 'On the Principles of the State Language Policy' of 3 Jul. 2012 № 5029-VI. Official Bulletin of Ukraine. 2012 Aug. 20, Vol. 61: pp. 9-23. (The law has been declared unconstitutional upon the judgment of the Constitutional Court of Ukraine No. 2-r/2018 dated February 28, 2018).

¹⁹ Judgment of the Constitutional Court of Ukraine 28 February 2018 No. 2-r / 2018, in the case on the constitutional petition of 57 People's Deputies on the compliance of the Law of Ukraine 'On the Principles of State Language Policy' with the Constitution of Ukraine (constitutionality). Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine, 24 April 2018; Vol. 2: pp. 102–111.

²⁰ Such legislative acts were: the Law of Ukraine 'On Civil Service' of 10.12.2015 and the Law of Ukraine 'On Amendments to Certain Laws of Ukraine on the Language of Audiovisual (Electronic) Mass Media' of 23.05.2017, which established mandatory (minimum) volume of broadcasting in the state language for broadcasting organizations of different categories. The law on the civil service is enforced by the mandatory use of the Ukrainian language by government officials in their professional activities.

²¹ Verchovna Rada of Ukraine. The Law of Ukraine 'On Ensuring the Functioning of the Ukrainian Language as the state language of 25 April 2019 № 2704-VIII. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19>>, visited 21 September 2019.

²² The Parliamentary Assembly of Council of Europe (PACE), Resolution 2189 (2017), 12 October 2017, Report of the Committee on Culture, Science, Education and Media, <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24218&lang=en>>, visited 12 October 2019, paras. 8–9.

²³ CDL-AD (2017) 030, Opinion 902/2017, 11 December 2017.

²⁴ I. Toronchuk, V. Markovskiy, The Implementation of the Venice Commission recommendations on the provision of the minorities language rights in the Ukrainian legislation. *European Journal of Law and Public Administration* 2018, Volume 5, Issue 1, pp. 54–69.

²⁵ CDL-AD (2017) 030, Opinion 902/2017, 11 December 2017.

²⁶ *Ibid.*, paras. 91–93.

²⁷ Judgment of the Constitutional Court of Ukraine No. 2-r / 2018 dated February 28, 2018 in the case on the constitutional petition of 57 People's Deputies on the compliance of the Law of Ukraine 'On the Principles of State Language Policy' with the Constitution of Ukraine (constitutionality). Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine. April 2018 24; Vol. 2: pp. 102–111.

²⁸ State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation. Resolution of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation of September 27, 2017 No. 2296-7 of the DG 'On the inadmissibility of violation of the fundamental right of indigenous peoples and national minorities of Ukraine to study in their native languages', <<http://docs.cntd.ru/document/456095518>> visited 16 October 2019.

²⁹ Embassy of Hungary in Kyiv, Protest Against New Ukrainian Law on Language: Website. < kijev.mfa.gov.hu/ukr/news/tiltakozas-az-uj-ukran-oktatasi-toervenye-ellen >, visited 16 October 2019.

³⁰ The judgment of the Constitutional Court of Ukraine No. 2-r / 2018 dated February 28, 2018.

³¹ Concerning the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the Law of Ukraine "On Education" of 05.09.2017 No. 2145-VIII: Constitutional submission of 48 People's Deputies of Ukraine of 6 October, 2017 No. 1710061, See the last para. of p.6. <www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_4072.pdf>, visited 21 September 2019.

³² *Ibid.*, See para. 7, p. 5.

³³ International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966.

³⁴ ECtHR 23 July 1968, No. 1474/62;1677/62;1691/62;1769/63;1994/63;2126/64, Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium (Merits), See 3. Decision of the Court, para. 7, at p. 30.

³⁵ ECtHR 19 October 2012, No. 43370/04, 8252/05 & 18454/06, Catan and others v. Moldova and Russia, See para 140.

³⁶ The judgment of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine No. 10-r/2019 dated July 16, 2019 in the case on the constitutional petition of 48 People's Deputies of Ukraine on the compliance of the Law of Ukraine "On Education" with the Constitution (constitutionality), <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-19>>, visited 16 October 2019.

³⁷ Markovskiy V. Scientific and expert opinion on the constitutional submission of the 48 People's Deputies of Ukraine on compliance with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of the Law of Ukraine "On Education" of September 5, 2017. See Case File No. 1-75/2018 (4072/17) to the judgment of the Constitutional Court No. 10-r/2019 <<http://ccu.gov.ua/dokument/10-r2019>>, visited 12 October 2019.

³⁸ Concerning the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the Law of Ukraine "On Education" of 05.09.2017 No. 2145-VIII: Constitutional submission of 48 People's Deputies of Ukraine of 6 October, 2017 No. 1710061. <www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_4072.pdf>, visited 21 September 2019., See para 6 of p. 5.

³⁹ *Ibid.*, See p. 6.

⁴⁰ The Law on Education 2017.

⁴¹ *Ibid.*, See para. 5 Art.7(1).

⁴² *Ibid.*, See Art.7(4).

⁴³ The Constitutional submission, <www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_4072.pdf>, accessed 21 September 2019, See p. 6.

⁴⁴ *Ibid.*, See p. 6.

⁴⁵ Only Crimean Tatars have the status of indigenous people in Ukraine. See: Decree of the Verkhovna Rada of Ukraine of 20 March, 2014 No 1140-VII guaranteeing the rights of the Crimean Tatar people in Ukraine <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1140-18>>, visited 12 October 2019.

⁴⁶ ECtHR 23 July 1968, No. 1474/62;1677/62;1691/62;1769/63;1994/63;2126/64, Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium (Merits). See 3. Decision of the Court, para 7, p. 40.

⁴⁷ See Art.1 (1) (5) of the stated Law: 'Positive actions are special temporary measures that have a legitimate, objectively justified purpose, aimed at eliminating legal or factual inequality in opportunities for a person and / or group of persons to realize on equal grounds the rights and freedom granted to them by the Constitution and laws of Ukraine', <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17>>, visited 21 October 2019.

⁴⁸ ECtHR 23 July 1968, No. 1474/62;1677/62;1691/62;1769/63;1994/63;2126/64, Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium (Merits), See B. Interpretation adopted by the Court, para. 10 at p. 32: 'The competent national authorities are frequently confronted with situations and problems which, on account of differences inherent therein, call for different legal solutions; moreover, certain legal inequalities tend only to correct factual inequalities. ... It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment, concerning of course the exercise of one of the rights and freedoms set forth, contravenes Article 14 (art. 14). On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification'.

⁴⁹ Ministry of Education and Science of Ukraine. The procedure for obtaining higher and vocational education of persons residing in the temporarily occupied territory of Ukraine, approved by the order of the Ministry of Education of Ukraine of May 24, 2016 No. 650.

⁵⁰ ECHR 173 (2018) 09.05.2018 (application no. 20958/14) Ukraine v. Russia (on Crimea).

⁵¹ The Parliamentary Assembly Council of Europe (PACE), Resolution 2231 (2018), 28 June 2018, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24994&lang=en>>, visited 17 October 2019.

⁵² CDL-AD (2017) 030, Opinion 902/2017, 11 December 2017.

⁵³ United Nations Declaration On the Rights Of Indigenous Peoples General Assembly Resolution 61/295, 13 September 2007.

⁵⁴ The judgment of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine No. 10-r/2019 dated July 16, 2019 in the case upon the constitutional petition of 48 People's Deputies of Ukraine on the compliance of the Law of Ukraine "On Education" with the Constitution (challenging the constitutionality of the said law), <web.ccu.gov.ua/en/docs/2541?order=created&sort=desc>, visited 16 October 2019.

⁵⁵ Concerning the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the Law of Ukraine 'On Education' of 05.09.2017 No. 2145-VIII: Constitutional submission of 48 People's Deputies of Ukraine of 6 October, 2017 No. 1710061. <www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_4072.pdf>, visited 21 September 2019.

⁵⁶ Verchovna Rada of Ukraine. The Law of Ukraine 'On the Principles of the State Language Policy' of 3 Jul. 2012 № 5029-VI. The law has expired in accordance with the judgment of the Constitutional Court of Ukraine No. 2-r / 2018 dated February 28, 2018.

⁵⁷ Criticizing the changes to the educational law of the Republic of Lithuania from 2011, the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation considers that the increase in the volume of the educational process that takes place in the Lithuanian language in the national minority schools means 'the actual displacement of other languages from the educational process'. Report of the Ministry of Foreign Affairs of Russia 'On the situation of human rights in several countries of the world'. See site of Ministry of Foreign Affairs of Russia, <http://www.mid.ru/web/guest/foreign_policy/humanitarian_cooperation/-/asset_publisher/acpY620dyC5B/content/id/175922>, visited 26 October 2019.

⁵⁸ The question is about a group of people's deputies who form the basis of the Russian lobby in Ukraine, the former Party of Regions headed previously by Ukraine's 4th President, Viktor Yanukovich. Today, most deputies of this group are members of the "Opposition Platform for Life" headed by Victor Medvedchuk, the godfather of Vladimir Putin, the acting President of Russian Federation.

⁵⁹ Due to russification, only Ukrainian schools in the Ukrainian SSR were required to study Ukrainian, at the same time Russian was a compulsory subject at all educational institutions of the USSR. As a subject of study the Ukrainian language was not included in the curricula of schools with the national language of instruction (i.e. in minority schools). See *Rafal Lemkin: Soviet Genocide in Ukraine*.

⁶⁰ The Hungarian and Romanian languages are much more different from the Ukrainian language; instead, the Russian language is closer to the Ukrainian one, which greatly facilitates its study by the Russian national minority.

⁶¹ The position of the Ministry of Education and Science of Ukraine relating to the constitutional submission of the peoples' deputies of Ukraine on the compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the law of Ukraine 'On Education' dated 5 September 2017. See Case file № 1-75/2018 (4072/17) of the decision of the CCU № 10-p/2019 <ccu.gov.ua/dokument/10-r2019>, visited 12 October 2019.

⁶² The Constitution of Ukraine on June 28, 1996 <www.legislationline.org/download/id/8233/file/Ukraine_Constitution_am2019_EN.pdf>, visited 16 October 2019.

⁶³ See para 1, p. 10 of the judgment of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine No. 10-r/2019 dated July 16, 2019 in the case upon the constitutional petition of 48 People's Deputies of Ukraine on the compliance of the Law of Ukraine 'On Education' with the Constitution (constitutionality), <<http://ccu.gov.ua/dokument/10-r2019>>, visited 16 October 2019.

⁶⁴ Concerning the constitutional submission of the People's Deputies of Ukraine on compliance with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of the Law of Ukraine 'On Education' of September 5, 2017 No. 2145-VIII: Position of the President of Ukraine of July 4, 2018 See Case Files No. 1-75/2018 (4072/17) to CCS Decision No. 10-r / 2019 <<http://ccu.gov.ua/dokument/10-r2019>>, visited 12 October 2019.

⁶⁵ See para 1, p.10 of the judgment of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine No. 10-r/2019 dated July 16, 2019 in the case upon the constitutional petition of 48 People's Deputies of Ukraine on the compliance of the Law of Ukraine 'On Education' with the Constitution (constitutionality), <<http://ccu.gov.ua/dokument/10-r2019>>, visited 16 October 2019.

⁶⁶ ECtHR 23 July 1968, No. 1474/62;1677/62;1691/62;1769/63;1994/63;2126/64, Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (Merits), See para 41, p. 80.

⁶⁷ The judgment of the Constitutional Court of Ukraine No. 10-rp / 99 dated December 14, 1999 in the case of the use of the Ukrainian language, <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-99>>, visited 16 October 2019.

⁶⁸ ECtHR 7 december 2004, No. 71074/01, Jura Mentzen, also known as Mencena v. Latvia, p. 27.

⁶⁹ See para. 4, p. 4 of the Judgment of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine No. 10-r/2019 dated July 16, 2019 in the case upon the constitutional petition of 48 People's Deputies of Ukraine on the compliance of the Law of Ukraine 'On Education' with the Constitution (constitutionality), <<http://ccu.gov.ua/dokument/10-r2019>>, visited 16 October 2019.

⁷⁰ See p. 9 and p. 15 of the petition.

⁷¹ The Judgment of the Constitutional Court of Ukraine 28 February 2018 No. 2-r / 2018, in the case on the constitutional petition of 57 People's Deputies on the compliance of the Law of Ukraine 'On the Principles of State Language Policy' with the Constitution of Ukraine (constitutionality). Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine, 24 April 2018; Vol. 2: pp. 102–111.

⁷² Mykolaiv District Administrative Court (Ukraine), July 16, 2018, No. 814/1222/18 Cases on disputes relating to the enforcement of a person's constitutional rights. <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/75589065>>, visited 20 October 2019.

⁷³ See para 2, p. 15 of the petition.

Резюме

Макарчук В.С., Марковський В.Я., Демків Р.Я., Литвиненко А.А. Розгляд справи про мову освіти в Конституційному Суді України – порівняльний аналіз із практикою ЄСПЛ.

Зміни в мовній політиці України у сфері освіти були піддані жорсткій критиці з боку Угорщини, Румунії, а також ПАРС, починаючи з 2017 року. Критики заявляли, що через прийняття та запровадження відповідного законодавства, Україна гарантовані в її Конституції мовні права національних меншин у частині права на освіту рідною мовою. Відповідно, Венеціанська Комісія, а згодом і Конституційний Суд України надали свої висновки і, відповідно, рішення, стосовно Закону України «Про освіту» від 05.09.2017 р. щодо питання, чи порушує цей Закон права національних меншин, гарантовані Конституцією України. Таким чином, стаття зосереджена на висвітленні правових позицій учасників конституційного провадження з питання відповідності Конституції Закону України «Про освіту» 2017 року.

Також проаналізовані юридичні позиції Конституційного Суду України, на підставі яких вказаний Закон був визнаний конституційним. Розглядаючи справу, Конституційний Суд прийняв до уваги позицію Міністерства освіти і науки України, відповідно до якої держава має право імплементувати різні підходи до національних меншин та корінних народів у контексті законодавчого регулювання права на освіту рідною мовою. У той же час, обов'язок національних меншин вивчати та користуватися державною мовою не можна розглядати як дискримінацію чи порушення їхнього права на навчання рідною для них мовою. На думку авторів, результати порівняльного аналізу позицій органу конституційної юрисдикції України та Європейського Суду з Прав Людини дають підстави стверджувати про узгодженість рішень КСУ та ЄСПЛ у подібних справах. До того ж, Консти-

туційний Суд Литовської Республіки у 2018–2019 рр. розглядав аналогічну справу, і його рішення є підтвердженням законодавчої практики збільшення обсягу використання державної (литовської) мови в освітньому процесі нацменшин.

Ключові слова: мова освіти, мовні права, національні меншини, корінні народи, державна мова, правові позиції, справедливий баланс.

Резюме

Макарчук В.С., Марковский В.Я., Демків Р.Я., Литвиненко А.А. Рассмотрение дела о языке образования в Конституционном Суде Украины – сравнительный анализ с практикой ЕСПЧ.

Изменения в языковой политике Украины в сфере образования поддаются критике со стороны Венгрии, Румынии, а также и ПАСЕ, начиная с 2017 года. Критики утверждают, что при помощи принятия и имплементации соответствующего законодательства, Украина сужает права национальных меньшинств, гарантированные ее Конституцией, в части права на образование на родном языке. Соответственно, Венецианская Комиссия, а спустя некоторое время, и Конституционный Суд Украины приняли свои заключения, и, соответственно, решения по вопросу, нарушает ли Закон Украины «Об образовании» (2017 г.) права национальных меньшинств, гарантированных Конституцией Украины. Таким образом, в статье проанализированы позиции участников конституционного судопроизводства по вопросу о соответствии Конституции Закона Украины «Об образовании» (2017 г.).

Также проанализированы и юридические позиции Конституционного Суда Украины, на основании которых указанный Закон был признан конституционным. Рассматривая дело, орган конституционной юрисдикции Украины принял во внимание позицию Министерства образования науки Украины, согласно которой государство имеет право использовать различные подходы к национальным меньшинствам и коренным народам в контексте законодательного урегулирования их права на образование на родном языке. В то же время, обязанность национальных меньшинств изучать и пользоваться государственным языком нельзя рассматривать, как дискриминацию, или нарушения права на обучение на родном языке.

Ключевые слова: язык образования, языковые права, национальные меньшинства, коренные народы, государственный язык, правовые позиции, справедливый баланс.

Summary

Volodymyr Makarchuk, Volodymyr Markovskiy, Roman Demkiv, Anatoliy Lytvynenko. The adjudication of the language of education case in the Constitutional Court of Ukraine – a comparative analysis with ECtHR jurisprudence.

The changes in the Ukraine's state language policy in the sphere of education were subjected to Hungarian, Romanian and PASE criticism since 2017 (wherein the critics claimed that Ukraine, by adopting and implementing the appropriate legislation tapered the linguistic rights of national minorities in the part of their right to education by using the mother tongue). Therefore, the Venice Commission, and then, the Ukraine's Constitutional Court have delivered its conclusions and decisions if the new Law on Education of 2017 violates the linguistic rights of the minorities, ensured by the Ukraine's Constitution. Hence, the paper focuses on highlighting the position of the parties of the constitutional proceedings concerning the constitutionality of Ukraine's Law "On Education" of 2017.

The authors have also analyzed the legal positions of the Constitutional Court of Ukraine, upon which the abovementioned law was recognized as constitutional. While adjudicating the case, the Constitutional Court adopted the position of the Ministry of Education and Science of Ukraine, upon which the state has a right to implement various approaches to national minorities and the indigenous people concerning the legal regulation of the right to education conducted by the mother tongue; at the same time, the obligation of the national minorities to learn and dispose the state language should not be treated as a kind of discrimination or a violation of their right to education by using the mother tongue.

Key words: language of education, language rights, national minorities, indigenous peoples, state language, legal positions, a fair balance.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.17

УДК 340.1; 342.086

Н.М. БАТАНОВА

*Наталія Миколаївна Батанова, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0003-1828-6708

МЕТА, ЗАВДАННЯ ТА ФУНКЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ

Постановка наукової проблеми. Конституційно-правова відповідальність, на відміну від загальнотеоретичного розуміння юридичної відповідальності, незважаючи на сформовані в спеціальній літературі підходи до розуміння її сутності, цілей, завдань, принципів, соціальної ролі і виконуваних функцій при застосуванні конституційно-правових норм, залишається дискусійною тематикою і проблемою як з позицій матеріально-правових обґрунтувань її існування, так і з точки зору процесуально-правового механізму реалізації. В юридичному плані (на рівні спеціальних категорій конституційного права, предмета конституційно-право-

© Н.М. Батанова, 2020

* *Nataliia Batanova, Ph.D. in Law, Senior Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

вої регламентації і процедур) конституційно-правова відповідальність фактично не визначена і не встановлена. Однак при цьому сформувалася досить міцна доктринальна основа для розуміння її сутності та функціонально-телеологічного призначення в системі конституційного права і загального правозастосування.

У зв'язку з цим особливої актуальності набуває концептуальний аналіз конституційно-правової відповідальності з точки зору її функціонально-телеологічних аспектів. Адже ключовим поняттям, за допомогою якого розкриваються зміст і сутність конституційно-правової відповідальності, є діяльність уповноважених суб'єктів щодо її реалізації, процес притягнення винних у скоєнні конституційних правопорушень до відповідальності, застосування заходів конституційно-правової відповідальності, що оптимальною мірою знаходить своє віддзеркалення у її цілях, завданнях та функціях.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наявні в Україні наукові дослідження загальних та інституціональних проблем конституційно-правової відповідальності представлені у працях Ю.Г. Барабаша, В.В. Гецько, В.В. Книша, Л.Т. Кривенко, О.В. Краснікової, О.О. Майданник, О.В. Мельник, Л.Р. Наливайко, О.В. Олькіної, П.Б. Пилипишина, В.Ф. Погорілка, В.І. Полевого, Г.І. Салівона, О.В. Скрипнюка, Т.М. Слободяник, О.В. Совгіри, Ю.М. Тодики, В.І. Топузова, В.Л. Федоренка, А.О. Червяцовой, В.М. Шаповала та інших вчених-конституціоналістів і теоретиків права.

Метою статті є дослідження доктринальних проблем у розумінні цілей, завдань та функцій конституційно-правової відповідальності в аспекті ефективності її реалізації.

Виклад основного матеріалу. В умовах становлення та розвитку демократичної, соціальної, правової держави актуалізується проблематика конституційно-правової відповідальності, оскільки вона є однією з важливих та ефективних гарантій охорони Конституції України, суверенітету, суспільних і особистих інтересів. Її головне функціонально-телеологічне призначення – захист Конституції України. Це дуже важливо, адже вона закріплює і охороняє найвищі соціальні цінності, основи організації суспільства і держави, функціонування публічно владних структур, правовий статус особистості.

Концептуальний зв'язок функцій конституційно-правової відповідальності з її природою обумовлений тим, що вони (функції) об'єктивно прагнуть бути вираженими в більш повному виявленні потенціалу конституційно-правової відповідальності, а, отже, і реальності Конституції, конституційного ладу в цілому, розвитку конституціоналізму через діяльність суб'єктів конституційного права, насамперед таких, як Український народ, українська держава, людина і громадяни, територіальні громади, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, політичні партії тощо. Такий функціональний прояв у процесах конституційної правореалізації та конституційного правокористування обумовлюється системою об'єктивних та суб'єктивних, внутрішніх та зовнішніх факторів.

Зокрема, йдеться про правовладність (верховенство права) та організацію публічної влади у демократичній державі, яка вимагає її поділу по вертикалі та горизонталі, тобто конкретного відокремлення й розмежування державної та муніципальної влади, поділу державної влади, публічно-владних функцій між окремими органами та посадовими особами державної влади, їх закріплення за окремими елементами структури, наявність ефективної системи контролю за владою (передусім конституційного та адміністративного) тощо.

До того ж функції конституційно-правової відповідальності конкретизуються у Конституції та законах, інших нормативних правових актах, які визначають предмети відання та повноваження, права і обов'язки окремих органів та посадових осіб державної влади та місцевого самоврядування.

Іншими словами, функції конституційно-правової відповідальності, оптимально розкриваючи її потенціал (потенційні можливості) та соціально-політичне призначення, втілюються в своєрідні форми (формалізуються), які тісно пов'язані з її інституційним та нормативно-правовим механізмом. Втім, будучи більш динамічним проявом конституційно-правової відповідальності, аніж її інституційна та нормативна основа (структура), функції породжують значно більше розмаїття.

Актуальність та важливість розгляду питання функцій конституційно-правової відповідальності у контексті дослідження даного виду юридичної відповідальності також визначаються, з одного боку, масштабними трансформаційними процесами, які відбуваються останніми роками у соціально-політичному, господарсько-економічному, духовно-культурному житті Українського народу – громадян України усіх національностей, окремих громадян України та їх об'єднань за різними ознаками та у різних формах (територіальні громади, політичні партії, громадські організації тощо), функціонуванні інших суб'єктів державної влади та системи місцевого самоврядування.

Природно, щоб розкрити роль Конституції та конституційного права в охороні цих цінностей і реалізації відповідних принципів, показати значення конституційно-правової відповідальності суб'єктів, на які покладено відповідні обов'язки, можна лише, або насамперед, через її дієвість і, зокрема, через функції. Адже сучасне конституційне право, будучи фундаментальною та провідною галуззю національного права у демократичній державі, передусім є системою фундаментальних принципів (гідність людини, свобода, рівність, солідарність, толерантність, правовладність (верховенство права), демократія, як баланс інтересів більшості і меншості тощо), які продукуються громадянським суспільством та визнаються й охороняються державою.

Головною телеологічною детермінантою існування та функціонування конституційного права у демократичному суспільстві є свобода та гідність, тоді як у більшості інших галузей права – правовий порядок. У цьому аспекті конституційне право стосовно всієї правової системи є своєрідним кодексом або каталогом фундаментальних принципів, з якими має узгоджуватися уся правова система. Також конституційне право визначає параметри подальшого розвитку демократичної держави та громадянського суспільства.

Тому соціологічний аналіз цілей, завдань, функцій Конституції, конституційного права та інших конституційно-правових явищ, процесів та інститутів, зокрема, і конституційно-правової відповідальності, і стано-

вить ядро функціоналізму – методологічного принципу, що передбачає виокремлення об'єкта дослідження як цілого, його елементів та виявлення функціонально-телеологічних залежностей і між складовими елементами, і між елементами та соціальним цілим.

Так, на думку Н.В. Никифорової, проблема визначення мети конституційно-правової відповідальності має важливе теоретичне і практичне значення. Простежуючи залежність мети конституційно-правової відповідальності від правового регулювання, вона вважає, що категорія «мета конституційно-правової відповідальності» отримує своє правове вираження у підставах і санкції конституційно-правової відповідальності. Мета, вважає дослідниця, конституційно-правової відповідальності полягає у забезпеченні верховенства і прямої дії Конституції, в дотриманні режиму конституційної законності й правопорядку. Врешті, на її думку, «за допомогою функцій конституційно-правової відповідальності відбувається реалізація її мети... У результаті застосування заходів конституційно-правової відповідальності відновлюється режим конституційної законності і нормальне функціонування органів державної влади, органів місцевого самоврядування»¹.

Отже, констатуємо важливе концептуальне значення у створенні цілісної теорії функцій конституційно-правової відповідальності питання про співвідношення категорії «функція конституційно-правової відповідальності» і таких явищ, як «мета конституційно-правової відповідальності» та «завдання конституційно-правової відповідальності», розглянемо цю проблематику більш детально. Певні теоретичні розбіжності у визначенні цих різних за своєю суттю та, водночас, взаємопов'язаних між собою категорій породжують у конституційній теорії та законотворчій практиці суттєві протиріччя й колізії. Їх може бути подолано лише шляхом розгортання цілісної системи понять, у якій поняття «функція конституційно-правової відповідальності» займатиме чітко визначене місце.

Тому відразу слід зауважити, що жодна з таких категорій, як «мета конституційно-правової відповідальності» та «завдання конституційно-правової відповідальності» не характеризують того, що є найбільш суттєвим у змісті конституційно-правової відповідальності в цілому. Відповідь на це запитання дає лише розгляд її функцій.

У літературі доведено, що «цілі», «завдання» юридичної відповідальності та її функції – це різні явища. Як функції юридичної не можна ототожнювати з її цілями і завданнями, так і функції конституційно-правової відповідальності слід відрізняти від її цілей і завдань.

Так, О.М. Іванова, обгрунтовуючи актуальність дослідження відповідних проблем теорії юридичної відповідальності у зв'язку з «перетвореннями, що відбуваються в останні десятиліття у багатьох сферах життя суспільства, а також особливою роллю юридичної відповідальності в правовій системі», вказує, що це насамперед «проявляється в підставах її виникнення, завданнях, цілях, функціях і, як підсумок, – в ефективності юридичної відповідальності». На її думку, «від правильного визначення цілей, завдань і підстав юридичної відповідальності залежить діяльність правозастосовника і законодавця, стан належної захищеності прав і свобод людини і громадянина. Цілі і завдання юридичної відповідальності допомагають один одному на шляху досягнення необхідного результату. Необхідним результатом у даному випадку буде виступати та ідеальна модель розвитку суспільних відносин, до досягнення якої прагне законодавець, ставлячи певні цілі для юридичної відповідальності. Ефективність юридичної відповідальності є теоретико-прикладним інструментом для визначення результативності та дієвості, а в цілому і здатності досягнення поставлених законодавцем цілей». При цьому, стверджує О.М. Іванова, саме «функції юридичної відповідальності покликані реалізовувати відповідні цілі»².

Виходячи з цього, можна розглядати співвідношення між «функціями» і «завданнями» конституційно-правової відповідальності. Ми вважаємо, що завдання і функції конституційно-правової відповідальності – явища, що співвідносні, щільно взаємопов'язані, але не збігаються. Саме в завданнях, що ставляться у процесі застосування конституційно-правової відповідальності, визначається її соціальне призначення. Вони мають вихідне значення щодо функцій, є їх безпосередньою передумовою.

Співвідношення між завданнями конституційно-правової відповідальності та її функціями визначається тим, що в межах тих чи інших функцій виділяються конкретні сфери або групи суспільних відносин, що потребують першочергової уваги, вказуються конкретні результати, яких слід досягнути в той чи інший період часу, комплекси різних конституційних заходів або процесуальних дій, які необхідно провести. Таким чином, завдання конституційно-правової відповідальності становлять динамічне начало в здійсненні й розвитку функцій конституційно-правової відповідальності, служитимуть вдосконаленню, збагаченню їх змісту. Саме завдання зумовлюють наявність функцій конституційно-правової відповідальності, детермінують їх зміст та впливають на форми і методи її здійснення.

Щодо «мети юридичної відповідальності», то у правовій науці дана категорія розглядається як «ідеально передбачувана, модель майбутнього розвитку суспільних відносин, що забезпечується державою та втілюється в бажані результати діяльності людей у суспільстві, до досягнення якої за допомогою встановлення і застосування норм юридичної відповідальності прагнуть законодавець і правозастосовник». На думку О.М. Іванової, «у мети юридичної відповідальності об'єктивно-суб'єктивна природа: об'єктивна тому, що визначається умовами життя суспільства, будучи ідеальною моделлю майбутніх суспільних відносин, а суб'єктивна тому, що виражає інтереси людей і є бажаним результатом їх діяльності». Дослідниця вважає, що «мета юридичної відповідальності визначається наявними суспільними відносинами, станом правопорядку та законності в суспільстві. У період зростання правопорушності ставиться мета стабілізації темпів зростання та зниження рівня правопорушності»³.

Тобто як явище, категорія «мета конституційно-правової відповідальності» опосередковує діяльність суб'єктів, уповноважених застосовувати конституційні санкції поперед всього в часі, а категорія «функція

конституційно-правової відповідальності» – у просторі, тобто в тій чи іншій сфері або групі конституційно-правових відносин. Функції конституційно-правової відповідальності зумовлені цілями, які перед нею постають. У силу цього категорія «мета конституційно-правової відповідальності» має більш загальний (широкий) характер, ніж «функція конституційно-правової відповідальності». Мета конституційно-правової відповідальності детермінує її функції. Це загальний стратегічний напрям здійснення (функціонування) конституційно-правової відповідальності, що охоплює всі чи більшість сфер або груп конституційно-правових відносин, є своєрідною очікуваною моделлю майбутніх результатів здійснення (функціонування) конституційно-правової відповідальності, маючи характер «комплексних стартових орієнтирів» у діяльності уповноважених суб'єктів, спрямованої на захист конституційного законності та конституційного правопорядку.

Мета стабілізації темпів зростання конституційної деліктності є в даний час найближчою, а зниження кількості конституційних правопорушень – перспективною. Превентивна, регулятивна, відновлювальна, виховна та штрафна функції конституційно-правової відповідальності покликані реалізувати відповідну мету. Так, превентивна функція конституційно-правової відповідальності відповідає меті попередження конституційних правопорушень.

Загальна мета конституційно-правової відповідальності – це забезпечення стабільності конституційного ладу, нормальної життєдіяльності суспільства, гідне життя та вільний розвиток у ньому людини, формування громадянського суспільства і правової держави. Незважаючи на відмінності конкретних цілей кожного з інститутів конституційного права (конституційний лад та його засади, права людини, територіальний устрій, організація та діяльність державної влади, місцеве самоврядування тощо) підсумкова мета, по суті, єдина, оскільки до неї прагне конституційне право в цілому. Так, наприклад, М.В. Савчин до основних конституційних цілей відносить обмеження свавілля влади на засадах поваги приватної автономії та гарантії прав людини і основоположних свобод⁴.

Звідси завдання конституційно-правової відповідальності – це те, що потрібно подолати, виконати, втілити в життя для досягнення наміченої мети не лише конституційно-правової відповідальності, а й у цілому конституційного права. Так, для досягнення найближчої мети зниження рівня конституційних правопорушень завданнями конституційно-правової відповідальності є охорона Конституції та конституційного ладу, захист основоположних конституційних цінностей (гідність, свобода, солідарність, рівність, громадянство), зміцнення конституційного правопорядку і конституційної законності, формування громадянськості та конституційної культури. При цьому завдання конституційно-правової відповідальності – це категорія об'єктивно-суб'єктивна. Вона формується і виконується під впливом об'єктивного світу і процесів, які відбуваються в суспільстві та державі. Її суб'єктивність проявляється в тому, що вона формується у свідомості суб'єктів правотворчості та правореалізації.

Від цього залежить і ефективність конституційно-правової відповідальності як співвідношення між результатом її впливу на конституційно-правові відносини та метою, яка ставиться перед нею.

Категорія ефективності конституційно-правової відповідальності – складне, багатофакторне явище, що не одержало належного висвітлення у конституційно-правовій літературі з проблематики конституційно-правової відповідальності. Вважаємо, що доктринальне дослідження феномена взаємозв'язку між категоріями «мета конституційно-правової відповідальності» та «функції конституційно-правової відповідальності» у розрізі проблем ефективності конституційно-правової відповідальності, реалізації конституційного права в цілому, доцільно проводити в шільному взаємозв'язку з категоріями «гідність», «свобода», «демократія», «солідарність», «якість життя» тощо. Ці лексичні формули виконують соціально-оціночну функцію та покликані відбивати ступінь задоволення потреб і запитів людини, що не піддаються прямому кількісному виміру. До показників якості життя, його гідності відносять характер і зміст праці та дозвілля, задоволеність своїм приватним життям, ступінь задоволеності людини своїм станом як вільної особистості, суспільною та політичною активністю, спілкуванням, самовираженням і саморозвитком, ступінь комфорту в праці й у побуті, ступінь реалізації моральних цінностей. Сюди можна віднести і показники середньої тривалості життя громадян, рівня захворювань, зміни демографічної і соціальної структури населення тощо.

Доволі рельєфно така кореляція проявилася в умовах анексії Російською Федерацією Автономної Республіки Крим та її збройною інтервенцією на Сході України, спричинивши докорінні зміни не лише в зовнішньому та внутрішньому безпековому середовищі України, а й стані конституційного правопорядку та конституційної законності у державі. Ілюстративно в цьому аспекті є й ситуація, обумовлена поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19) та необхідністю забезпечення додаткових соціальних і економічних гарантій громадян.

Категорія ефективності конституційно-правової відповідальності пов'язана з ефективністю конституцієтворення та законотворення, конституційно-правового регулювання, рівнем конституційної правосвідомості та конституційної культури, станом конституційного правопорядку і законності тощо. Недосягнення мети конституційно-правової відповідальності свідчить про низьку ефективність конституційно-правової відповідальності, недосконалість організаційно-правових та процедурно-процесуальних механізмів її застосування.

Крім того, на показники ефективності конституційно-правової відповідальності впливають не лише соціально-економічна або політична ситуація в країні, а й моральний стан суспільства, рівень менталітету, дотримання громадського порядку тощо. Поза рамками складників механізму ефективності конституційно-правової відповідальності не повинні залишитися і такі показники, як середня заробітна плата, дохід на душу населення, тобто фінансово-економічні категорії, що потенційно впливають на рівень злочинності, продуктивності праці, чисельності населення тощо. Слід констатувати, що фінансово-економічний фактор істотно впливає на рівень не лише кримінальних або адміністративних правопорушень, а й стан конституційної деліктності, що особливо ілюстративно прослідковується під час виборчих кампаній.

Усе це підтверджує, що ефективність конституційно-правової відповідальності – категорія функціонально-цільова, тобто тісно пов'язана з її функціями та вимагає досягнення поставленої мети. Для конституційно-правової відповідальності важливий результат, який приводить до досягнення поставленої суспільно корисної мети. Отже, ефективна лише та конституційно-правової відповідальності, завдяки якій досягаються результати загальносуспільного і державного значення.

Сучасний підхід у дослідженні проблем ефективності конституційно-правової відповідальності має спрямовуватися не лише на концептуалізацію якоїсь конституційно або законодавчо змодельованої мети, а полягати у тому, що ефективністю слід вважати максимально безконфліктний стан конституційного життя людини, за якого її життя, гідність, права і основоположні свободи є найвищою конституційною цінністю, а також конституційний порядок у державі, за якого Конституція є верховним правом, а державна влада здійснюється на основі її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Оптимальний ступінь конституційної конфліктності означає, що існує конституційне регулювання забезпечує необхідну і достатню міру свободи та демократії у державі.

До найважливіших умов підвищення ефективності конституційно-правової відповідальності можна віднести: підвищення рівня демократії, вирішення проблем конституційно-правового, політичного, економічного, соціального, культурного (духовного) розвитку суспільства і держави; становлення громадянського суспільства та правової держави; вдосконалення конституційного та галузевого законодавства; проблеми правозастосування та правореалізації; підвищення рівня конституційної правосвідомості, конституційної культури; стан конституційного правопорядку і конституційної законності тощо.

Висновки. Узагальнюючи доктринальні підходи, зроблені у теорії конституційного права⁵, можна зробити висновок, що цілям, завданням та функціям конституційно-правової відповідальності притаманні юридичні ознаки, які розкривають сутність і зміст цього виду юридичної відповідальності, її призначення у суспільстві та державі, а також місце у системі охорони Конституції та конституційного ладу.

Цілі, завдання та функції конституційно-правової відповідальності активним способом дії не лише цього виду юридичної відповідальності, а й Конституції та конституційного права в цілому (його принципів, завдань, функцій), що виражається у вирішенні конфліктних конституційних правовідносин, які є предметом конституційно-правового регулювання.

Спираючись на відповідні характеристики, функції конституційно-правової відповідальності доцільно визначати як основні нормативно закріплені та організаційно забезпечені напрями та види впливу конституційно-правової відповідальності на конституційно-правові відносини з метою охорони Конституції та належного виконання завдань, функцій і повноважень суб'єктів цих відносин, відновлення конституційних конфліктів.

Завдання конституційно-правової відповідальності становлять динамічне начало в здійсненні й розвитку її функцій, служать вдосконаленню, збагаченню їх змісту. Саме завдання зумовлюють наявність функцій конституційно-правової відповідальності, детермінують їх зміст та впливають на форми і методи її здійснення. Співвідношення між завданнями конституційно-правової відповідальності та її функціями визначається тим, що в межах тих чи інших функцій виділяються конкретні сфери або групи суспільних відносин, що потребують першочергової уваги, вказуються конкретні результати, які мають бути досягнуті в той чи інший період часу, комплекси різних конституційних заходів або процесуальних дій, які необхідно провести.

Категорія «мета конституційно-правової відповідальності» має більш загальний характер, ніж «функції конституційно-правової відповідальності». Це загальний стратегічний напрям здійснення (функціонування) конституційно-правової відповідальності, що охоплює всі чи більшість сфер або груп конституційно-правових відносин, є своєрідною очікуваною моделлю майбутніх результатів функціонування конституційно-правової відповідальності, маючи характер фундаментальних орієнтирів у діяльності уповноважених суб'єктів, спрямованої на захист конституційного законності та конституційного правопорядку.

Від правильного визначення мети та завдань конституційно-правової відповідальності залежать її функціональність та ефективність як співвідношення між результатом її впливу на конституційно-правові відносини та метою, що ставиться перед нею.

¹ Никифорова Н.В. Конституционно-правовая ответственность в правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации: проблемы реализации и развития: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Тюмень, 2009. С. 14–15.

² Иванова О.М. Основания, цели и задачи юридической ответственности: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Тамбов, 2009. С. 3, 6.

³ Там само. С. 6–7.

⁴ Савчин М.В. Порівняльне конституційне право: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2019. С. 15.

⁵ Гецько В.В. Функции конституционно-правовой ответственности народных депутатов и депутатов местных советов Украины. *Scientific Letters of Academic Society of Michal Baludansky*. 2014. Volume 2, № 3. Р. 40–42; Кабанов П.А. Особенности карательной функции конституционной ответственности. *«Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики»*. Актуальные проблемы юридической науки: материалы IX Международной науч.-практ. конференции. Тольятти: Изд-во Волжск. ун-та им. В.Н. Татищева, 2012, Ч. 1. С. 141–149; Кныш В.В. Теоретико-правовое исследование функций конституционно-правовой ответственности *Закон и Жизнь: Междунар. науч.-практ. правовой журнал «Leges et vita»*. 2017. № 9/2. С. 69–73; Колотыркина С.И. Превентивная и регулятивная роль конституционной ответственности в общественных отношениях. *Труды института государства и права российской академии наук*. 2014. № 4. С. 5–14; Липинский Д.А. Функции конституционной ответственности как вида юридической ответственности государства, его органов и должностных лиц. *Публичная власть: проблемы реализации и ответственности*. Саратов: ГОУ ВПО «Саратов. гос. академия права», 2011. С. 161–192 та ін.

Резюме

Батанова Н.М. Мета, завдання та функції конституційно-правової відповідальності: питання ефективності реалізації.

У статті досліджуються деякі проблеми теорії функцій конституційно-правової відповідальності. Обґрунтовується взаємозв'язок між метою, завданнями та функціями конституційно-правової відповідальності, функціями Конституції, функціями конституційного права, функціями держави тощо.

Метою статті є концептуальне дослідження сутнісних і змістовних характеристик категорій «мета конституційно-правової відповідальності», «завдання конституційно-правової відповідальності» і «функції конституційно-правової відповідальності» як феноменів сучасного конституційного права. Показано синергетичний зв'язок між цими категоріями, доктринальне і практичне значення їх розуміння й розмежування. Формулюється визначення відповідних понять теорії конституційно-правової відповідальності.

Стверджується, що від правильного визначення мети та завдань конституційно-правової відповідальності залежать її функціональність та ефективність.

Ключові слова: конституційно-правова відповідальність, функції конституційно-правової відповідальності, функції конституційного права, конституційний конфлікт, конституційний лад.

Резюме

Батанова Н.Н. Цель, задачи и функции конституционно-правовой ответственности: вопросы эффективности реализации.

В статье исследуются некоторые проблемы теории функций конституционно-правовой ответственности. Обосновывается взаимосвязь между целью, задачами и функциями конституционно-правовой ответственности, функциями Конституции, функциями конституционного права, функциями государства и тому подобное.

Целью статьи является концептуальное исследование сущностных и содержательных характеристик категорий «цель конституционно-правовой ответственности», «задачи конституционно-правовой ответственности» и «функции конституционно-правовой ответственности» как феноменов современного конституционного права. Показана синергетическая связь между этими категориями, доктринальное и практическое значение их понимания и разграничения. Формулируется определение соответствующих понятий теории конституционно-правовой ответственности.

Утверждается, что от правильного определения целей и задач конституционно-правовой ответственности зависят ее функциональность и эффективность.

Ключевые слова: конституционно-правовая ответственность, функции конституционно-правовой ответственности, функции конституционного права, конституционный конфликт, конституционный строй.

Summary

Nataliia Batanova. Purpose, tasks and functions of constitutional and legal responsibility: questions of efficiency of realization.

In the article some problems of the theory of functions of constitutional and legal responsibility are researched. The relationship between the goals, objectives and functions of constitutional legal responsibility, the functions of the Constitution, the functions of constitutional law, the functions of the state and the like is substantiated.

Exploring the problems of constitutional and legal responsibility, it is necessary to proceed from a methodological position on understanding the functions of legal responsibility in general and the functions of constitutional and legal responsibility in particular, as an active way of constitutional and legal responsibility, directions and forms of its impact on public relationship, the content of this type of legal responsibility, its purpose in society and the state, as well as its place in the system of protection of the Constitution and the constitutional order.

Equally important in creating a holistic theory of the functions of constitutional responsibility is the consideration and relationship of the category “function of constitutional responsibility” and phenomena such as “objectives of constitutional responsibility”, “tasks of constitutional and legal responsibility” and “principles of constitutional and legal responsibility”. Certain theoretical differences in the definition of these essentially different and, at the same time, interconnected categories give rise to significant contradictions and conflicts in constitutional theory and legislative practice. They can be overcome only by creating a holistic system of concepts in which the concept of “function of constitutional and legal responsibility” will occupy a clearly defined place.

It is concluded that the concept of “functions of constitutional and legal responsibility”, on the one hand, and the concept of “functions of the Constitution”, “functions of constitutional law”, “functions of the state”, “functions of subjects of constitutional law”, on the other hand, are mutually related. Consequently, this issue of scientific research is relevant and practically significant both in terms of the theory of constitutional law and its institutions, primarily the theory of constitutional and legal responsibility, and the applied aspect, primarily in the context of formation and implementation of legal personality of subjects in constitutional and legal relationship, first of all, bodies and officials of state power and local self-government.

It is argued that its functionality and effectiveness depend on the correct definition of the goals and objectives of constitutional responsibility.

Key words: constitutional and legal responsibility; functions of constitutional and legal responsibility; functions of constitutional law; constitutional conflict; constitutional order.

О.О. БОЯРСЬКИЙ

Олександр Олександрович Боярський, кандидат юридичних наук, суддя міського суду м. Білгород-Дністровського Одеської області, докторант Інституту законодавства Верховної Ради України*

ORCID: 0000-0001-9107-4897

СТАНОВЛЕННЯ ФЕНОМЕНОЛОГІЇ МУНІЦИПАЛЬНОЇ ЛЮДИНИ В МЕЖАХ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА І ДЕРЖАВИ

Постановка проблеми. Становлення, розвиток і вдосконалення в Україні системи місцевого самоврядування як самостійного рівня публічної влади, конституційно-правового інституту та соціально-політичного феномена демонструє глибинні тенденції становлення демократичної правової державності. Звідси, місцеве самоврядування стає соціально-правовим і нормативним простором існування, функціонування і розвитку територіальних спільнот – громад, що становлять жителі відповідних адміністративно-територіальних одиниць держави, які генетично, історично, географічно, культурологічно, економічно, соціально, ресурсно створюються для вирішення екзистенційних колективних потреб членів таких громад в умовах повсякденності і в процесі реалізації індивідуального життєвого циклу кожного з них. Такий екзистенційно-парадигмальний підхід об'єктивує і актуалізує проблематику функціонування в межах місцевого самоврядування і в рамках територіальної громади конкретної людини, яка в умовах такого номосу, топосу і локусу може реалізувати свої життєво важливі індивідуальні, групові, колективні устремління, інтенції, потреби, атитюди і інтереси. Отже, для цього вона повинна володіти відповідним правовим статусом, який на рівні місцевого самоврядування може бути визначений як муніципально-правовий статус людини.

Стан дослідження проблеми. Дослідження феноменології муніципальної людини у вітчизняному правознавстві практично не проводилось, бо людина завжди вважалась безпосереднім атрибутом держави, тому її інтереси розглядалися лише в контексті державно організованого суспільства, його об'єктивних потреб та стратегічних запитів. Однак треба наголосити на тому, що в західній правовій науці антропологічна проблематика знайшла своє закріплення, починаючи з періодів ранньої християнської моралі та етики, Відродження, а потім і зі становлення гуманістичних засад періоду феодалізму і капіталізму, включаючи буржуазні революції в Європі – Нідерландах, Англії, Франції, а також в США. В теоретичній контекстуалізації на становлення досліджуваної проблематики здійснили вплив антропоцентристські і ірраціоналістські філософські концепції кінця XIX ст. Проблематика прав людини, що набула основоположного і стрижневого значення в становленні демократичної правової державності та демократизації становлення і функціонування сучасного міжнародного правопорядку у другій половині XX ст., і отже, проблематика антропологізації права, зберегли своє особливе значення і на початку XXI ст. Суттєвий вплив на об'єктивізацію та актуалізацію проблематики антропологізації права здійснив розвиток феноменології локальної демократії у формі місцевого самоврядування, – починаючи від Магдебурзького права, і закінчуючи муніципальною революцією XX ст. в державах Західної Європи, що є членами Європейського Союзу.

Критично осмислені положення, аргументи та висновки щодо актуальних питань юридичної антропології, включаючи її проблематику формування феноменології муніципальної людини та її прав і параметральних ознак, містяться в працях і вітчизняних, і зарубіжних учених різних історичних епох: з *історії*: Б. Андрушківа, Т. Вівгарина, П. Ігнатенка, М. Картавого, Н. Корабльова, О. Кульчицького, І. Лисяк-Рудницького, Л. Мяснікова, А. Нехашкіна, С. Пролеєва, Б. Цибалістого, Д. Чижевського, В. Шамрая, А. Шевцова, М. Шлемкевича, О. Фісуна, О. Чаплигіна, М. Юрія та ін.; з *етнокультурології*: М. Костомарова, Л. Гумільова, Б. Цимбалістого, О. Нельги та ін.; з *політології*: А. Авілова, М. Андріанова, А. Андрєєва, К. Гаджиева, І. Дубова, І. Кресіної, Л. Кормич, О. Мітіна, М. Назарова, С. Наумкіної, В. Петренка, О. Шестопалова та ін.; з *психології*: М. Варія, Г. Дилигінського, А. Фурмана, Є. Шестопалова та ін.; з *філософії*: В. Горського, Н. Мозгової, І. Огородник, М. Поповича, В. Табачковського, Ю. Федіва, Г. Горака, Р. Додонова, В. Жадько, Т. Ящука та ін.; з *філософії права і правознавства*: Д. Андрєєва, М. Баймуратова, Р. Байніязова, О. Балинської, О. Батанова, В. Вовк, О. Гришук, Є. Копельців-Левицької, М. Козюбри, А. Колодія, Ю. Лободи, С. Максимова, Д. Меньялова, О. Мордовцевої, Ю. Оборотова, М. Орзіх, О. Омельчука, В. Погорілка, А. Романової, П. Рабіновича, С. Сливки, В. Синюкової, А. Токарської, І. Яковюка та ін.

До класичних праць з юридичної антропології належать роботи відомих зарубіжних вчених-юристів, антропологів, соціологів: Ф. фон Бенда-Бекманна, М. Блока, Ф. Боаса, Ф. Броделя, Г. Бутуля, Т. Гайгера, Ж. Ле Гоффа, Дж. Гріффітса, П. Динцельбахера, Ж. Дюбі, Ж. Карбоньє, К. Леві-Стросса, Б. Малиновського, Р. Мандру, Д.І. Мейера, С.Е. Меррі, Г. Моргана, С.Ф. Мура, Х. Ортега-і-Гассета, А.Р. Редкліфа-Брауна, Н. Рулана, Г. Дж. Самнер-Мена, Т. Телленбаха, Р. Шпранделя, Л. Февра, Д. Філда та ін.

Вважаємо, що наявність великої кількості вчених-фахівців з різних напрямів суспільних знань, що займалися доктринальним супроводженням і забезпеченням досліджуваної проблематики, підтверджує не тільки її особливу складність, комплексність і системність, надає їй об'єктивний та актуальний характер, а і її суттєву складність для розуміння процесів, тенденцій, формування концептів у досліджуваній сфері, що додатково актуалізує необхідність посилення її доктринального супроводження і забезпечення.

Тому **метою** даної статті є дослідження актуальних питань становлення феноменології муніципальної людини в межах громадянського суспільства і держави.

Виклад основного матеріалу. Отже, розглядаючи появу феноменології муніципальної людини, що виникає на стику права і соціуму, права і людини, індивідуального і колективного, приватного та публічного, – тобто в межах науки про людину і соціум – у межах юридичної антропології, – можна стверджувати, що, по-перше, проблематика становлення муніципальної людини є однією з центральних в правознавстві; по-друге, вона має свою історичну ретроспективу, що пов'язано зі становленням, розвитком і вдосконаленням гуманістичних та гуманітарних тенденцій в державотворенні і правотворенні, що знайшло свій практичний прояв в становленні юридичної антропології; по-третє, в основі появи феноменології муніципальної людини лежать відносини держави, локального соціуму і людини, що знаходяться як у правовому, так і поза-правовому (за межами державно-правового впливу) просторі, коли людина функціонує в межах місцевого самоврядування та продукує свої екзистенційні інтенції, потреби, устремління, інтереси та демонструє свої атитюди; по-четверте, її становлення напряму детерміновано становленням і розвитком системи місцевого самоврядування спочатку в рамках національної держави, а потім його вдосконаленням в рамках міждержавної економічної, політичної і правової інтеграції держав; по-п'яте, вона переважно реалізується не тільки в державотворчих процесах, а й активно розвивається в процесах становлення і розвитку громадянського суспільства.

Для формування феноменології муніципальної людини важливе значення має визначення людської спільноти та її членів, які функціонують у рамках громадянського суспільства, що теоретично визначається як правовою, так і політичною наукою із застосуванням оригінальних підходів, які розглядають його не тільки як інституційний, а і як поведінково-діяльнісний (антропологічний) феномен.

Варто зазначити, що в суспільно-політичній та правовій доктринах існує низка інтерпретацій громадянського суспільства, які часто знаходилися в суперечності, бо у своїй контекстуалізації вони спираються на різні принципи його формування та різні параметральні ознаки. Отже, не можна говорити, що є класичне дефінітивне визначення громадянського суспільства. Багато в чому це пов'язано з тим, що сама ідея громадянського суспільства виникла як різновид утопії «самообмеження» і включала в своє коло безліч діяльнісно-функціональних форм демократії, а також дуже складну та суперечливу систему громадських, соціальних і політичних прав, більшість із яких або існували лише в деклараціях держави, або реалізовувались у мінімальному розмірі. Саме тому основоположні норми-принципи громадянського суспільства – права людини (особистості), право на недоторканність приватного життя, на створення добровільних асоціацій, формалізована законність, плюралізм, публічність, свобода підприємництва – часто тлумачились і розумілись по-різному, вважачи або на політичні погляди, або на соціальне положення людини, що їх продукувала. Так, зокрема, бачення громадянського суспільства Дж. Локком, Ш. Монтеск'є, А. Фергюсоном та А. де Токвілем істотно відрізняються не тільки різним розумінням його природи, а й ступенем його узагальнення в контекстуалізації прояву та функціонування.

Так, англійський політичний діяч та філософ XVII ст. Дж. Локк, сповідуючи пріоритет державотворчих настанов, розглядав громадянське суспільство як синонім термінів «політичне суспільство» або «державо», а також розробив концепцію природного стану, в якій вже закладено всі основні риси тієї сукупності найрізноманітніших форм життя, яку пізніше будуть називати «громадянським суспільством»¹. Звідси, вже з того часу політична складова громадянського суспільства виступала рельєфною його ознакою, що, з одного боку, демонструвала існування та функціонування такого суспільства в межах державно організованого соціуму, у системі владних правовідносин, а з іншого, – визнавала можливість його існування і поза державними відносинами в повсякденному існуванні та життєдіяльності людини, особливо в контекстуалізації задоволення нею своїх екзистенційних інтересів.

Французький письменник, правознавець, філософ, політолог Ш.-Л. Монтеск'є зосереджуючи увагу на правозахисному аспекті індивідуума, акцентував увагу на проблемі захисту політичної волі від загрози деспотичного втручання держави в життя індивідів або груп населення. Його розуміння громадянського суспільства зводилося до ідеї проміжних суб'єктів, які опосередковують відносини між індивідом і державою². Тобто цей автор, відстоюючи вільний вибір людиною своєї політичної поведінки, вже акцентував увагу на можливості її відповідної самостійної поведінки у відносинах з державою і в більш широкому діапазоні взаємної комунікації.

Філософ і історик XVIII ст. з Шотландії А. Фергюсон, покладаючи в основу своєї доктринальної позиції моральні настанови, особливо цікавився процесом історичних змін у широких еволюційних рамках, які він розглядав у розумінні появи цивілізованого суспільства з попередніх станів, що характеризуються як «дикість» і «варварство». Саме за А. Фергюсоном, громадянським є лише таке суспільство, що є витонченим, сприйнятливим до моралі³. Отже, цей автор вже акцентував увагу на проблематиці самообмеження державної влади та появи відповідних моральних бар'єрів у людини в процесі вибору нею своїх поведінкових настанов.

Французький політичний діяч XIX ст. А. де Токвіль бачив активне громадянське суспільство у більш сучасному його розумінні, сповідуючи ініціативу та самодіяльність людей та їх спільнот. Тобто він вважав, що воно є створеним із самоврядних асоціацій для захисту проти занадто сильної держави, а також проти

«тиранії більшості»⁴. На його думку, щільна мережа добровільних об'єднань захищає громадян від державного свавілля; ці асоціації виступають школою демократії, адже люди, які отримали навички керівництва ними, отримують не тільки соціальний досвід, а й необхідну політичну майстерність. Необхідно зазначити, що наведений автор вперше акцентував увагу на своєрідній територіально-суб'єктній основі громадянського суспільства, що виникає в межах самоврядних асоціацій людей, які фактично репрезентують територіальні спільноти, що існують і функціонують на відповідній території держави, з її дозволу, але з метою реалізації інтересів членів такої громади. Отже, подальше тлумачення приводить нас до визначення феномена місцевого самоврядування за використання і за допомогою якого виникли, сформувалися і функціонують такі спільноти, що поєднують жителів відповідної території задля вирішення їх екзистенційних інтересів.

Близьким до розуміння А. де Токвілля є визначення громадянського суспільства сучасного американського дослідника Д. Ронні, що сповідує не тільки його важливу комунікаційну, а й суттєву інтелектуально-діяльнісну складову, відносячи до нього «ті форми асоціацій між індивідуумами, які очевидно не є частиною публіки, державного апарату, приватного, сімейного життя або атомістичного ринку»⁵. Тобто йдеться про те, що таке суспільство вирішує питання, з одного боку, індивідуального характеру, що є важливими для кожного члена такої спільноти, а з іншого, – такі, що мають особливе екзистенційне загальне значення для людських спільнот, які існують на засадах колективізму, – отже, може йтися про територіальні спільноти (громади), що є колективними і недержавними суб'єктами, які існують та функціонують у межах місцевого самоврядування на локальному рівні функціонування соціуму.

Досліджуючи доктринальні погляди вчених щодо визначення громадянського суспільства, вважаємо за необхідне звернути пильну увагу на наукові погляди вченого М.П. Орзіх, які він висунув на початку ХХІ ст. Характеризуючи громадянське суспільство, він застосовує соціологічно-індивідуальний (персоналістський) і соціологічно-колективний (асоціаційний) підхід і визначає досліджуваний феномен у декількох аспектах:

– по-перше, як асоціацію людей, в якій кожна людина вільна як така, що має невідчужувані права, є рівноправною з іншими членами асоціації, самостійна у виборі громадянського стану (громадянство, іноземство, апатридство) (індивідуально-вольовий критерій. – авт.);

– по-друге, як позадержавні (інституціоналізовані в громадські об'єднання) асоціації людей за соціальною, етнічною, релігійною та іншою належністю, політичними, економічними, професійними та іншими інтересами (колективно-реалізаційний та реалізаційно-груповий критерій. – авт.);

– по-третє, це формування на зазначених засадах суспільних (позадержавних) відносин, а також шляхом самопрояву інтересів і волі окремих індивідів та їхніх асоціацій, що діють у вільному (від державного впливу) просторі суспільства⁶ (системно-самодіяльний критерій. – авт.).

Системний аналіз наведеної доктринальної позиції дає можливість стверджувати, що членом громадянського суспільства може бути тільки соціально активна людина, яка, виходячи зі своїх екзистенційних інтересів, самостійно прогнозує, планує, моделює, буде, реалізує свою поведінку в соціумі щодо: а) визначення свого громадянського (правового) стану; б) своєї участі у соціальному житті через свою участь у суспільних структурах, що формуються за різними ознаками, включаючи й політичні; в) самопрояву, самоорганізації, самореалізації своєї поведінки в соціумі з метою реалізації своїх інтенцій, атитюдів, устремлінь, потреб, інтересів тощо.

Вважаємо, що саме такий підхід до визначення громадянського суспільства демонструє особливу важливість асоціативної і територіальної ознак у його виникненні. Отже, наведена вище асоціація людей може бути створеною лише на засадах їх спільної території проживання (територіальна спільнота, громада); асоціація людей може бути сформованою не з використанням механістичних засад, а із застосуванням системного принципу наявності загальних, групових та індивідуальних інтересів людей-членів такої територіальної спільноти, причому презюмується, що загальні (колективні) інтереси превалюють над їх індивідуальними і груповими інтересами. Такий підхід демонструє глибокий, інтерстиційний (внутрішній), генетичний зв'язок громадянського суспільства з місцевим самоврядуванням, а також з територіальною спільнотою, що існує та функціонує завдяки йому та в його територіальних, організаційно-нормативних і ресурсно-облігаторних параметрах.

Отже, можна стверджувати, що саме в межах територіальної громади формується громадянське суспільство, яке відображає відповідні соціальні запити людей-членів територіальної спільноти (громади), формує для їх розуміння та реакції на їх наявність відповідні соціальні інститути, які діють безпосередньо в соціальному просторі (наприклад, громадські об'єднання, включаючи й політичні партії), а також детермінує відповідні соціальні процеси і відносини громадянського суспільства, які впливають на прийняття рішень управлінського характеру, від вирішення яких залежить стабільність та якість життя в межах громади.

Аналіз сучасних інтерпретацій громадянського суспільства допоміг сформулювати нам його поняття в аспекті соціально-антропологічної парадигми, як соціально-публічної форми людського буття, як спільноти жителів (громади), що сформована без урахування їх правового стану, в рамках якого кожен із них, індивід – це суб'єкт, що: а) здійснює в межах громади свій життєвий цикл; б) вирішує свої екзистенційні інтенції, устремління, потреби, формує відповідні атитюди; в) об'єктивно заінтересований у забезпеченні гідного рівня життя для себе та інших; г) здійснює соціальну, включаючи й політичну активність в громаді; г) реалізує при цьому свої інтереси, включаючи й політичні; д) задовольняє природну потребу в комунікативній взаємодії з іншими членами локального соціуму; е) досягає загального блага.

Звідси, громадянське суспільство постає не тільки як простір прояву соціальної, у тому числі й політичної природи людини, його самовираження, реалізації себе в комунікативній взаємодії з іншими людьми для досягнення екзистенційно важливих телеологічних домінант. Такий простір повністю збігається з правовим простором місцевого самоврядування, яке як і громадянське суспільство неможливе без людини. При-

чому саме людська активність конструює, формує, будує і простір місцевого самоврядування, і простір громадянського суспільства.

Розглядаючи індивіда тільки у політико-антропологічному вимірі, політична наука розглядає його як носія громадсько-політичних відносин та позначає його «актором», ставлячи завдання щодо необхідності відмінності специфіки змісту категорій «актор» громадянського суспільства і «суб'єкт» громадянського суспільства. При цьому зазначається, що у вітчизняній політичній науці ці поняття часто ототожнюються⁷. Але в контексті нашого дослідження було б логічним поставити питання не стільки про відмінність, скільки про єдність змісту категорій «актор» і «суб'єкт» громадянського суспільства і «людина – житель, член територіальної спільноти (громади)» як «суб'єкт» та «член» громадянського суспільства. Обґрунтування постановки такого питання є насамперед процеси формування громадянського суспільства на рівні місцевого самоврядування в межах територіальної громади, де кожний її член-житель, одночасно виступає і як суб'єкт-об'єкт, і член такого суспільства.

Треба зазначити, що такий методологічний висновок володіє великим потенціалом, який, з одного боку, транспонує суто теоретичну категорію «громадянського суспільства» в людинорозмірний об'єкт, а з іншого, – суттєво і стратегічно підсилює роль і значення місцевого самоврядування як одночасно і простору громадянського суспільства, і простору локальної демократії. Більш того, запропонований підхід, якщо з ним підійти до наведеної системи координат в контекстуалізації історичної ретроспективи, корінним чином трансформує такі координати, висуваючи на перше місце первинну, екзистенційну роль місцевого самоврядування та територіальної громади як сфери, в якій історично починає жити та існувати людина в колективному оточенні. Отже, спочатку виникає територіальна громада, що є екзистенційним простором для існування, виживання, функціонування людини, потім саме місцеве самоврядування, що є інструментально-технологічним та управлінсько-аксіологічним засобом існування такої громади, а вже потім, із розвитком її інтелектуальної складової та виникненням системи колективно-індивідуальних та колективно-групових інтересів, формується та виникає громадянське суспільство у вигляді його відповідних інституцій.

Аналізуючи наведені теоретичні положення, насамперед слід звернути увагу на актуалізацію системи телеологічних домінант, що вибудовуються в рамках територіальної громади за участі місцевого самоврядування та в рамках громадянського суспільства. При цьому слід враховувати, що головною функцією суб'єкта є досягнення таких домінант у процесі своєї життєдіяльності.

Але треба враховувати на особливість таких домінант, бо і в межах територіальної громади, і в межах громадянського суспільства вони характеризуються насамперед колективним характером, тобто визначення інтересів наведених спільнот як колективно-індивідуальних та колективно-групових, показує, що такі інтереси, по-перше, мають пріоритетно колективний характер; по-друге, саме таким колективним інтересам підпорядковуються індивідуальні та групові інтереси суб'єктів наведених асоціацій – територіальної громади та громадянського суспільства; по-третє, така субординаційність інтересів викликана насамперед тим, що саме колективні інтереси превалюють над іншими, бо вони несуть в собі екзистенційний потенціал; по-четверте, реалізація таких колективних інтересів більшою мірою задовольняє індивідуальні та групові інтереси як жителів-членів територіальних громад, так і суб'єктів громадянського суспільства, що виявляються одними й тими ж самими фізичними особами; по-п'яте, можна стверджувати, що мірою розвитку і територіальної громади, і громадянського суспільства фізична особа – член громади і суб'єкт громадянського суспільства, моделюючи своє поведінку, можуть безконфліктно та позитивно реалізовувати свої індивідуальні інтереси на фоні реалізації колективних інтересів у рамках наведених асоціацій.

Отже, телеологічна домінанта (мета), як загальний інтерес, вироблений і сформульований у програмних документах наведених асоціацій, передбачає наявність стійких механізмів для його реалізації. Тому в якості «члена громади» або «суб'єкта громадянського суспільства» зазвичай виступає організація, в рамках якої конкретна фізична особа, що одночасно є і членом громади, і суб'єктом громадянського суспільства прагне задовольнити свої індивідуальні та групові інтереси в контекстуалізації реалізації колективних інтересів. Звідси можна констатувати, що індивід або група індивідів, які, здійснюючи соціальну активність, домагаються реалізації своїх потреб, – тим самим через таку їх реалізацію вони самореалізуються. При цьому чим більшу соціальну маневреність має фізична особа, чим більше вона продукує інтересів, тим краще вона враховує особливості мінливих життєвих ситуацій, а також здійснює пошук більшої кількості шляхів вирішення або задоволення таких інтересів. Тобто чим особистіше є більш соціально активною, тим більше вона формує простір публічного, в якому існують і функціонують і територіальна громада, і громадянське суспільство та, одночасно, тим більше вона реалізує настанови і наративи свого індивідуального.

Враховуючи наведене вище, природно виникає питання про основні властивості жителя – члена територіальної громади та суб'єкта (носія) громадянського суспільства.

Якщо на питання про основні властивості суб'єкта (носія) громадянського суспільства відповідає теорія «політичної людини» (*homo politicus*), причому в руслі політико-антропологічної парадигми, то на питання про основні властивості жителя – члена територіальної громади повинна відповісти теорія «муніципальної людини» (*homo municipalis*).

Необхідно зазначити, що в процесі розробки концепції «політичної людини» існують різноманітні інтерпретації та підходи. Так, російський політолог О.С. Панарін вважав, що «політична людина – це особливий суспільно-історичний суб'єкт, що переміщає вирішення соціальних проблем зі сфери громадських відносин в сферу державно-політичних»⁸. Тобто у повсякденному розумінні це фізична особа, найчастіше громадянин держави, що відкидає всі екзистенційні питання свого існування та функціонування в людському соціумі і користь питань державно-політичного характеру, на яких фактично фокусується його життя.

Виходячи з цього визначення, образ політичного людини ототожнюється у О.С. Панаріна з громадянином епохи Союзу РСР. Людина політична протиставлена людині економічній, у якій «перевернута система пріоритетів: тілесні потреби вона ставить вище духовних»⁸. «У основі самодіяльного громадянського суспільства стоять суверенні індивіди, що покладаються тільки на себе і цікавляться іншими тільки як носіями благ, які обмінюються на засадах ділового партнерства»⁸. Отже, актором громадянського суспільства епохи представницької демократії у О.С. Панаріна виступає людина економічна, яка, до речі, для нього є «дефектним» конструктом, бо володіє перевернутою системою пріоритетів, скерованою насамперед на своє існування та стабільне функціонування в соціумі.

Більш того, на думку цього дослідника, сучасна російська політична система, а звідси, – й політичні системи всіх пострадянських держав, представлена «людиною промисловою» (*homo faber*), що діє на основі науково обґрунтованих приписів та інструкцій, але не можна заперечувати і забувати того, «... що людина, більшою мірою, все ж таки тварина політична, тобто така, що відноситься до полісу, до громадянського стану, ніж «економічного»⁸. На наш погляд, тут вбачається відповідна колізія між марксистським вченням про первинність економічних відносин та політичним оформленням державно організованого соціуму, бо відсутність економічних підвалин його існування і функціонування нівелює будь-які політичні настанови такої соціальної організації.

Водночас необхідно наголосити на тому, що наведений автор, підтримуючи позицію Арістотеля в розумінні людської природи, тим самим розширює можливості політичної людини в майбутній системі постмодерну. Тобто людина політична з традиційного суб'єкта політики перетворюється ним на жителя сучасної демократичної держави. Це підтверджується доктринальною позицією російського політолога О.Ю. Рибакіна, який вважає: «У самій людині ... закладені передумови виникнення, формування, розвитку політичних якостей, які сприяють перетворенню людини на живу істоту політичну»⁹. Але знову тут акцентуація на політичних властивостях людини робиться на основі вже існуючої та функціонуючої у соціумі «людини економічної». Дійсно, ця позиція спирається на доказ, що політична людина – це носій якостей політико-громадських відносин у сучасних розвинених державах представницької демократії. Однак вважаємо, що даний тип, який має глибоке історичне коріння, по-перше, не тільки вельми тісно та органічно переплітається з первинними процесами формування *homo municipalis*, що фактично логічно і онтологічно передують процесам формування *homo politicus*, враховуючи їх виключно екзистенційний характер; а й, по-друге, параметральні ознаки, що є характерологічними для формування *homo politicus*, збігаються з параметральними ознаками, що є характерологічними для формування *homo municipalis*, причому у хронологічному вимірі останні починають формуватися першими саме тоді, коли процес формування *homo politicus* ще триває. А це, по-третє, підтверджує, що *homo municipalis* та *homo politicus* проходять своє історичне становлення у межах людської територіальної спільноти (громади) в умовах локальної демократії у формі місцевого самоврядування.

Отже, досліджуючи тенденції еволюції жителя – члена територіальної громади та суб'єкта громадянського суспільства, слід зауважити, що вони наведені, відображені та проаналізовані в багатьох науково-дослідних позиціях.

Так, наприклад, досліджуючи доктринальну позицію німецького політолога А. Інкельса, який виділяв риси сучасної людини, можна констатувати, що деякі з них мають пряме відношення до зазначених тенденцій, а саме: до таких рис він відносив: а) відкритість новому життєвому досвіду у всіх сферах його існування (наявність активної життєвої позиції. – авт.); б) керівництво у своїй поведінці ідеєю особистої гідності всіх людей (наявність індивідуальної системи загальних цінностей щодо становища людини в соціумі. – авт.); в) суттєва зміна думки про суспільство (готовність до соціальних змін. – авт.).

Це передбачає наступні якості: а) індивід схильний формувати і підтримувати думки з великого кола проблем суспільного життя (демонстрація високого рівня соціалізації, в тому числі й правової. – авт.); б) він обізнаний про те, що до вирішення будь-якої проблеми можливе існування різних підходів, і про ці проблеми можуть бути різні думки (демонстрація володіння критичним мисленням, що має в якості властивості наявність розуміння та розробки альтернативних шляхів до вирішення проблем, що існують. – авт.); в) він позитивно оцінює це різноманіття¹⁰ (демонстрація активної позиції суб'єкта щодо визнання наявності різних шляхів подолання існуючих проблем та його готовності їх використовувати в своєму досвіді. – авт.).

У вимірюванні місцевого самоврядування наведені риси визначають позицію людини – жителя і одночасно члена територіальної громади до своєї соціальної поведінки в умовах повсякденності з метою усвідомленої реалізації свого життєвого циклу через вирішення питань місцевого життя екзистенційного характеру. У контекстуалізації громадянського суспільства – це набуття людиною якостей, що демонструють формування її соціальної активності на локальному рівні існування і функціонування соціуму з вирішення широкого кола питань свого існування.

Далі, поряд із характеристикою сучасної людини, німецький дослідник намічає в суспільстві тенденцію до появи «синдрому громадської участі», якому відповідають такі установки:

1) свобода від традиційних авторитетів. Широкий набір різного роду традиційних – релігійних, сімейних, етнічних і місцевих авторитетів замінюється єдиним загальнонаціональним політичним авторитетом (готовність до сприйняття нових ідеологічних цінностей та цінностей іншої властивості. – авт.);

2) інтерес до суспільних проблем, виражений в активній політичній участі й підкріплений бажанням бути поінформованим про поточну соціально-політичну ситуацію в суспільстві (наявність активної життєвої позиції, причому як в політичній сфері, так і в інших сферах життєдіяльності соціуму. – авт.);

3) орієнтація на політичні і урядові процеси, які визнають необхідність і бажаність формування раціональних процедур та відповідних організацій державного управління¹⁰ (готовність до сприйняття принципо-

вих та процесуальних засад державного управління і готовність діяти відповідним чином на їх реалізацію. – авт.).

Дійсно, треба погодитись, що наведені вище ознаки характеризують суб'єкта громадянського суспільства. Але, якщо такі ознаки оцінити крізь призму локальності існування, знаходження і функціонування територіальної громади, як сукупності жителів відповідної території держави, і через колективний локальний інтерес, що формують та продукують такі жителі в умовах місцевого самоврядування з метою його існування, розвитку, вдосконалення в контекстуалізації його належної реалізації в громаді, – то можна сміливо заявити, що такі установки повністю охоплюються розумінням та характерологією *homo municipalis*. І хоча перераховані вище риси були віднесені російськими політологами Д.В. Гончаровим і І.Б. Гоптарєва до поняття «політична людина» (*homo politicus*)¹⁰, все ж вони досить вдало ілюструють поведінкові настанови жителя – члена територіальної громади.

На нашу думку, тут існують відповідні пояснення, причому антропо-екзистенційного характеру. По-перше, ми говоримо про одну абстрактну людину, що одночасно через свої рольові позиції виступає жителем – членом територіальної спільноти та суб'єктом громадянського суспільства. Звідси і територіально, і ідеологічно, і аксіологічно, і гносеологічно, і комунікативно, і наративно, і конотаційно їх поведінкові настанови не тільки конвергують, а й збігаються, причому накладаючись одна на одну. По-друге, телеологічні домінуючі існуючі функції територіальної спільноти та громадянського суспільства багато в чому збігаються – це існування та функціонування людини і здійснення нею свого життєвого циклу в умовах повсякденності та завдяки колективному існуванню, що полегшує споживання відповідних благ та захист людини (особистості). Але якщо в рамках територіальної громади людина реалізує переважно свої екзистенційні настанови, то в межах громадянського суспільства такі настанови є більш пов'язаними з духовними і демократичними цінностями, включаючи й питання формування, організації та здійснення публічної влади в межах тієї ж територіальної спільноти або в межах всієї держави (у випадках, передбачених законом). Потретьє, виступаючи відповідно до кожної з життєвих ситуацій, в яких вона бере участь, у відповідній активній ролі, людина, що є одночасно жителем-членом територіальної громади та суб'єктом громадянського суспільства, одночасно збагачує і локальний соціум, у якому вона фактично існує, і громадянське суспільство, яке існує як концепт у сукупності своїх інституцій і яке виступає ефективним соціально-інструментальним та соціально-нормативним засобом реалізації її життєвих намагань, потреб, інтенцій, інтересів, атиюдів. По-четверте, розуміння категорії «політична людина» (*homo politicus*) стає більш продуктивним лише при розгляді її за допомогою антропологічної парадигми, коли таку людину розглядають як індивіда, що володіє набором характеристик соціально-політичного характеру, сформованих як типом даного суспільства, так і рисами, що наділені людиною природою. Тобто *homo politicus* не можна розуміти без *homo municipalis*, бо саме територіальна громада в умовах місцевого самоврядування формує природні риси людини – жителя і члена такої громади. А звідси можна стверджувати про генетичну близькість цих двох феноменологій та про їх взаємну детермінованість.

Отже, хоча на думку В.Ю. Сморгунової, яку вона висловила в своїй роботі «Феномен політичного знання», «зрозуміти людину – значить зрозуміти людину політичну»¹¹, можна стверджувати, що для того, щоби «зрозуміти людину політичну – потрібно виділити в ній і зрозуміти людину муніципальну».

Наша теза актуалізується та об'єктивується завдяки сучасним подіям в світі, що пов'язанні з пандемією коронавірусу, що, на думку відомого вітчизняного політолога Г. Почепцова, фактично детермінують достроковий прихід майбутнього¹². Так, він наводить слова Р. Хааса, автора статті у впливовому американському часописі «Зовнішня політика», який заявляє: «Пандемія, що почалася в одній країні і розповсюдилася з великою швидкістю по світу є глобальним викликом. Це також доказ того, що глобалізація це реальність, а не альтернатива. Пандемія руйнує відкриті і закриті країни, багаті і бідні, Схід і Захід. Чого немає, так це ніякого знаку значимої глобальної відповіді. Світова організація здоров'я, що раніше майже не мала значення, і яка повинна була б центральною у протистоянні загрози, відкриває багато на поганий стан глобального управління»¹³.

Вважаючи, що пандемія практично нівелювала важелі глобального управління та нейтралізувала всі позитивні риси глобальної політики, економіки та правової глобалізації, він звертає увагу на зростання в таких кризових умовах ролі і значення локальних територіальних спільнот – громад.

Констатується, що, з одного боку, вірус безсумнівно завищив роль держави, оскільки різко зросла залежність від неї громадян, а в деяких випадках держава взагалі стає єдиним джерелом порятунку. А президент США Р. Рейган свого часу попереджав: «В англійській мові є найбільш моторошні слова: «Я від уряду, я тут, щоби допомогти». А з іншого, – вірус показав слабкість держави та всю безпорадність її інститутів щодо превенції пандемії та подолання її наслідків. Відмічаючи такий стан справ, Ф. Хілл, яка працювала до 2019 р. в Раді національної безпеки США президента Д. Трампа, каже: «Ми були в цьому типі траєкторії останні тридцять років, коли індивід мав пріоритет над колективом. І зараз ми повертаємося в той час, в якому жили наші батьки і дідуся-бабусі, коли спільноти повинні згуртуватися»¹⁴.

Враховуючи на це, Г. Почепцов робить висновок, що якщо змінюються спільноти, змінюються і системи комунікації, а ми бачимо, що книга вже не підніметься після провалу під час карантину, а також її відходу з дитячого дошкільного виховання, яке тепер робиться за допомогою анімаційного кіно, то потрібні фахівці зі сфери античності, де все вирішувалося усними комунікаціями. Власне кажучи, і демократією тоді було не прихід на голосування за президента, а участь в ухваленні рішень. Сьогодні це легко може бути зроблено за допомогою електронного голосування. Комунікація йде від друкованої форми в бік електронний¹².

Асоційований експерт Українського інституту майбутнього, П. Щелін, аналізуючи досвід минулого, зауважує: «Класична грецька полісна демократія була у більшості заснована на ситуації комунікативної дії».

Агори грецьких міст були в прямому сенсі слова особливою площею, на якій кожен громадянин міг висловитися про якусь нагальну проблему. Древній досвід корисний і в тому, щоб усвідомити особливий характер спілкування, що створює консенсус і визначає курс політії.

У грецьких містах державах чітко відрізнялося два способи діалогу – *dolos* і *peitho*. З *dolos* знайомий кожен, хто хоч раз дивився політичну виставу на телебаченні. Це – маніпуляція думкою співрозмовника за допомогою обману, софістики і, іноді, примусу. Професійні риторичні, готові відстоювати з однаковою майстерністю діаметрально протилежні думки, залежно від поточного політичного замовлення, – займаються саме *dolos*. Більш того, саме таким *dolos* зайняті сьогодні всі структури пропаганди від російської до західної. Якщо раніше методи зводилися до мовних прийомів і особистих талантів оратора на площі, то тепер в розпорядженні adeptів *dolos* нейронні мережі та агентства, що подібні Cambridge Analytics, які обробляють *big data* і за допомогою вивіреної фільтрації інформації створюють маніпуляції, ідеально заточені під конкретну людину.

Слабкість *dolos* міститься в його силі. *Dolos* – змістовно порожній, це засіб обману, метод по досягненню короткочасної мети. На *dolos* не збудувати громадянське суспільство, не добитися солідарності. Більш того, як справедливо зауважив свого часу Абрахам Лінкольн: «Можна весь час дурияти деяких, можна деякий час дурияти всіх, але не можна весь час обдурювати всіх». Сьогоднішній *Dolos* вимагає завтра двох, досягаючи апогею в пост-правді, коли загальним місцем стає твердження «всі брешуть». Але така установка суперечить щоденному досвіду: суспільства не могли б існувати, якби громадяни послідовно дотримувалися цього принципу. Ми ображаємося, коли дізнаємося, що були обмануті, радіємо проявам порядності й солідарності як серед близьких людей, так і серед публічних персон. Порятунки від *dolos* – сама природа людини, яка вимагає осмисленого життя, наповненого цінностями, емпатією і солідарністю. І саме досягненню такого життя допомагає другий спосіб діалогу – *peitho*.

Peitho ж являє собою діалог, метою якого є зміцнення дружби і створення спільних ідентичностей, на основі загальних цінностей і досвіду. Крім як *peitho* немає іншого способу створити по-справжньому міцне співтовариство, немає способу виробити взаємні зобов'язання і вчинки. *Peitho* – древній аналог Хабермасовської ідеальної мовної ситуації, коли сторони, котрі вступають у діалог, визнають сутнісну рівність один одного, і використовують мову і діалог щоб розібратися в самому собі і одночасно досягти взаємної поваги. Відповісти на питання «Хто ми?», «Чого ми хочемо?» і «Як нам цього досягти?»¹⁵.

Отже, бачимо, що кризові явища в світі, державі та суспільстві актуалізують та загострюють роль локального соціуму – територіальної громади, що є первинним, природним та функціонально-екзистенційним простором існування, функціонування та виживання людини, у межах якого проходять процеси колабораційної властивості щодо формування системи комунікативної взаємодії задля вирішення складних питань існування людської цивілізації, що носять виключно екзистенційний характер, та простором, де виникає, формується та діє специфічне, локально-територіально та індивідуально-групове і індивідуально-колективне обґрунтоване феноменологічне явище *homo municipalis*.

Разом з тим представники політичної науки продовжують стверджувати, що людина в соціумі має насамперед політичний модус у всіх своїх сутнісних проявах: у пізнавальній активності, емоційно-оціночному підході до світу, в своїх вольових проявах. Однак не в кожній особистості цей модус розкривається в усій своїй повноті. Що робить людину політичною? Відповідаючи на це питання, вчені розділилися в думках. Одні шукають «політичне» в біологічній основі людини, інші вказують на політичність як виключно соціальний феномен⁷. Але вчені-політологи, посилаючись у пошуку політичного компоненту на біологічну основу людини, фактично відкидають її екзистенційні настанови, що, по-перше, якраз і детермінуються такою біологічною основою і природою людини; по-друге, нехтують територіальним простором, у якому проявляються такі основа і природа людини, тобто сферою місцевого самоврядування; по-третє, нівелюють значення територіальної громади, як колективного людського суб'єкта, бо, при урахуванні наведених ознак, вони б були змушені визнати первинність і особливу значимість *homo municipalis* у становленні *homo politicus*.

Разом із тим є вчені-політологи, які визнають наведені вище фактори в якості основоположних та будують з їх урахуванням свої доктринальні конструкції. Так, визнаючи головним фактором існування людини взагалі і політичної людини зокрема, її активність, американський політолог Х. Арендт виділяє три види активності людини, кожен з яких позначає необхідну умову, наявність якої передбачає буття людини політичної¹⁶.

Так, перший вид активності – праця визначається наявністю фактору життя. Звідси і призначення трудової діяльності: забезпечити збереження життя індивіда і продовження життя роду.

Другий вид активності – створення (виготовлення) визначається наявністю світу. Призначення створення або роботи полягає в тому, щоб створити штучний світ, який певною мірою не залежить від смертності його мешканців, а тому представляється стійким і постійним.

Третій вид активності – дія або вчинок є винятковим привілеєм людини: «Всі види людської діяльності обумовлені тією обставиною, що люди живуть разом, проте лише дія є неможливою поза людським суспільством»¹⁶. Призначення вчинку полягає в тому, щоб забезпечувати і підтримувати політичний гуртожиток людей. Дія завжди публічна. Вона сприяє збереженню людського роду, оскільки готує умови для спадкоємності поколінь, для пам'яті та історії.

Дія або вчинок і становить політичну активність – головну рису людини політичної. Тільки при наявності вільної публічної діяльності або самодіяльності можливе існування автономного громадянського суспільства.

Наведені теоретичні обґрунтування ролі і значимості активності людини, її видових характеристик, які визначають *homo politicus*, – справді, насамперед є характерними для *homo municipalis*, бо об'єктивують його виживання в природі та існування в колективній людській спільноті. Більш того, саме завдяки такій актив-

ності й існує феноменологія територіальної громади, що фактично здійснює місцеве самоврядування в умовах оточуючого природно-соціального середовища, основоположно телеологічною домінантою якого є виживання індивіда та локальної людської популяції.

Висновки. Резюмуючи, треба дійти висновків, що процеси існування, формування, розвитку і вдосконалення автономного громадянського суспільства відбуваються при тісній взаємодії функціонування *homo municipalis* і *homo politicus*, причому роль у цьому процесі *homo municipalis* є первинною та визначальною.

Отже, виходячи з наведених положень, можна сформулювати системне і комплексне поняття *homo municipalis*. Ми вважаємо, що під феноменом «муніципальна людина» необхідно розуміти фізичну особу, що володіє різним правовим станом (громадянство, іноземство, апатризм, біженство та ін.), але не зважаючи на нього свідомо та ініціативно здійснює свій життєвий цикл в умовах повсякденності у рамках територіальної спільноти людей, об'єднаних загальними географічними, історичними та сучасними екзистенційними інтересами, цінностями і потребами, що можуть бути реалізованими тільки в умовах місцевого самоврядування, завдяки спільній синергетичній діяльності людини в межах територіальної громади та громадянського суспільства, завдяки діяльності органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів і органів місцевого самоврядування, які входять до його системи, що здійснюється на принципах самоорганізації, самодіяльності, самокерованості та самоврядування, з метою створення належних умов для супроводження і забезпечення існування та функціонування людського осередку, що має телеологічну домінанту щодо продовження існування та подальшого розвитку людської цивілізації в умовах державно організованого соціуму.

¹ Локк Дж. Два трактата о правлении. Москва: Канон+, Реабилитация, 2009. С. 139.

² Монтескье Ш.Л. О духе законов. Москва: Мысль, 1999. 673 с.

³ Фергюсон А. Опыт истории гражданского общества / пер. с англ. И.И. Мюрберг; под ред. М.А. Абрамова. Москва: РОССПЭН, 2000. 391 с.

⁴ Токвиль Алексис де. Демократия в Америке /пер. с фр. В.П. Олейника, Е.П. Орловой, И.А. Малаховой и др.; предисл. Гарольда Дж. Ласки; коммент. В.Т. Олейника. Москва: Прогресс, 1992. 554 с.

⁵ Ronnie D. Global Civil Society and Global Environmental Governance: The Politics of Nature from Place to Planet. – Albany: State University of New York Press, 1996. P. 37.

⁶ Основи правознавства: навч. посіб. / за ред. С.В. Ківалова, М.П. Орзіха. Одеса: Юридична література, 2003. С. 67–68.

⁷ Нагаева С.К. Человек в структуре гражданского общества (политико-антропологический подход). URL: https://www.bsu.edu.ru/upload/iblock/23f/f%2013g108e%20vip_19.pdf

⁸ Панарин А.С. Философия политики: учеб. пособ. Москва: Новая школа, 1994. С. 174, 161, 162, 15.

⁹ Рыбаков О.Ю. Человек в политике: пути самореализации. Саратов: Из-во СГУ, 1995. С. 11.

¹⁰ Гончаров Д.В., Гоптарева М.Б. Введение в политическую науку. Москва: Юристъ, 1996. С. 56–57.

¹¹ Сморгунюва В.Ю. Феномен политического знания. Санкт-Петербург: Образование, 1996. С. 14.

¹² Георгий Почепцов: коронавирус как досрочный приход будущего (ч. 1, 2). URL: <https://rezonans.kz/>

¹³ Haas R. The Pandemic Will Accelerate History Rather Than Reshape It. Not Every Crisis Is a Turning Point. *Foreign Affairs*. May/June 2020. URL: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-04-07/pandemic-will-accelerate-history-rather-reshape-it>

¹⁴ Borger J. The state we're in: will the pandemic revolutionise the role of government? URL: <https://www.theguardian.com/us-news/2020/apr/26/government-state-role-pandemic-coronavirus>

¹⁵ Щелин П. Кризис 2020 и главная проблема Украины. URL: <https://hvylya.net/analytics/204533-krizis-2020-i-glavnaya-problema-ukrainy>

¹⁶ Арендт Х. Vita activa, или о деятельной жизни / пер. с немец. и англ. В. Бибикина, под ред. Д.М. Носова. Санкт-Петербург: Алетей, 2000. С. 32–33, 32.

Резюме

Боярський О.О. Становлення феноменології муніципальної людини в межах громадянського суспільства і держави.

У статті проаналізовано концепт муніципальної людини в контекстуалізації становлення її феноменології у межах громадянського суспільства і держави. Доведено, що процеси існування, формування, розвитку й удосконалення автономного громадянського суспільства відбуваються при тісній взаємодії функціонування *homo municipalis* і *homo politicus*. Причому, роль у цьому процесі *homo municipalis* є первинною та визначальною. Виходячи з наведених настанов запропоновано визначення *homo municipalis*. Під феноменом «муніципальна людина» необхідно розуміти фізичну особу, що володіє різним правовим станом (громадянство, іноземство, апатризм, біженство та ін.), але не зважаючи на нього свідомо та ініціативно здійснює свій життєвий цикл в умовах повсякденності в рамках територіальної спільноти людей, об'єднаних загальними географічними, історичними і сучасними екзистенційними інтересами, цінностями і потребами, що можуть бути реалізованими тільки в умовах місцевого самоврядування, завдяки спільній синергетичній діяльності людини в межах територіальної громади та громадянського суспільства, завдяки діяльності органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів і органів місцевого самоврядування, які входять до його системи, що здійснюється на принципах самоорганізації, самодіяльності, самокерованості та самоврядування, з метою створення належних умов для супроводження і забезпечення існування та функціонування людського осередку, що має телеологічну домінанту щодо продовження існування та подальшого розвитку людської цивілізації в умовах державно організованого соціуму.

Ключові слова: місцеве самоврядування, права людини, муніципальна людина, *homo politicus*, *homo municipalis*, громадянське суспільство, держава, демократична правова державність.

Резюме

Боярський А.А. Становление феноменологии муниципально человека в пределах гражданского общества и государства.

В статье проанализирован концепт муниципально человека в контекстуализации становления его феноменологии в пределах гражданского общества и государства. Доказано, что процессы существования, формирования, развития и совершен-

створення автономного громадянського суспільства відбувається при тісному взаємодії функціонування *homo municipalis* і *homo politicus*. При цьому, роль в цьому процесі *homo municipalis* є первинною і визначальною. Виходячи з наведених висновків запропоновано визначення *homo municipalis*. Під феноменом «муніципальний чоловік» необхідно розуміти фізичну особу, яка володіє різним правовим статусом (громадянство, іноземність, апатризм, безсвітність тощо), незважаючи на це свідомо і ініціативно здійснює свій життєвий цикл в умовах повсякденності в межах територіальної громади людей, об'єднаних загальною географічною, історичною і сучасною екзистенціальними інтересами, цінностями і потребами, які можуть бути реалізовані тільки в умовах місцевого самоврядування, завдяки спільній синергетичній діяльності людини в межах територіальної громади і громадянського суспільства, діяльності органів місцевого самоврядування і інших суб'єктів і органів місцевого самоврядування, що входять до його системи, яка здійснюється на засадах самоорганізації, самодеятельності і самоврядування, з метою створення належних умов для супроводження і забезпечення існування і функціонування людського суспільства, має телеологічну домінують по продовженню існування і подальшого розвитку людської цивілізації в умовах державно організованого соціуму.

Ключові слова: місцеве самоврядування, права людини, муніципальний чоловік, *homo politicus*, *homo municipalis*, громадянське суспільство, держава, демократична правовая держава.

Summary

Oleksandr Boyarsky. Formation of the phenomenology of municipal man within civil society and the state.

The article analyzes the concept of a municipal person in the contextualization of the formation of its phenomenology within civil society and the state. It is proved that the processes of existence, formation, development and improvement of an autonomous civil society are accompanied by the close interaction of *homo municipalis* and *homo politicus* – and the role of *homo municipalis* in this process is primary and decisive. Based on the above guidelines, the definition of *homo municipalis* is proposed. The phenomenon of “municipal person” should be understood as an individual who has different legal status (citizenship, foreignness, statelessness, refugees, etc.), but despite it consciously and proactively carries out its life cycle in everyday life within the territorial community of people, united by common geographical, historical and modern existential interests, values and needs that can be realized only in local government, through joint synergetic human activities within the territorial community and civil society, through the activities of local governments and other entities and local governments that are part of its system, carried out on the principles of self-organization, initiative, self-government and self-government, in order to create appropriate conditions for support and ensure the existence and functioning of a human cell that has a teleological dominant to continue to exist and further development of human civilization in a state-organized society.

Key words: local self-government, human rights, municipal person, *homo politicus*, *homo municipalis*, civil society, state, democratic legal statehood.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.19

УДК 343.132:342.72/.73

О.В. КАЛИНОВСЬКИЙ, С.В. ТКАЧЕНКО

Олександр Валерійович Калиновський, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник начальника відділу Національної академії внутрішніх справ*

ORCID: 0000-0003-3874-4585

Сергій Валерійович Ткаченко, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0001-6463-4254

ДОТРИМАННЯ ОРГАНАМИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ПРАВА НА НЕДОТОРКАНІСТЬ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ (ПРИВАТНІСТЬ)

Відповідно до Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції (ст. 8¹, його ще називають правом на приватність).

Питання дотримання під час досудового розслідування права на недоторканність приватного життя розглядалися в працях Н.М. Волошкіної, О.В. Капліної, Д.О. Маріц, В.В. Назарова, І.Л. Петрухіна, А.В. Савченка, А.В. Самодіна, В.А. Серьогін, В.М. Тертишника та ін. Питання приватності носить міждисциплінарний характер і досліджується різними галузями права (конституційне, кримінально-процесуальне, цивільне, міжнародне).

На думку як українських, так і зарубіжних вчених, право на повагу до приватного і сімейного життя слід розглядати в інформаційному, фізичному, комунікативному та просторовому вимірах.

© О.В. Калиновський, С.В. Ткаченко, 2020

* *Oleksandr Kalynovskyi*, Ph.D. in Law, Senior Researcher, Deputy Head of Department of the National Academy of Internal Affairs

** *Serhii Tkachenko*, Postgraduate student of the National Academy of Internal Affairs

Як відомо, право на «приватне життя» чи концепція приватності (*privacy*) є доволі нещодавним дискурсом, оскільки правове визначення було запропоноване у грудні 1890 р., коли два молоді бостонські правники Семюел Уоррен та Луїс Брендіс опублікували статтю «Право на приватне життя», яка згодом була визнана однією із найважливіших праць в історії американського права. У ній концепція «приватного життя» полягала у праві людини «бути залишеною поза увагою інших» як частина фундаментального (невід'ємного) права людини на життя, всеосяжного та найціннішого права для будь-якої цивілізованої людини².

До сфери приватного життя практика ЄСПЛ відносить питання, пов'язані із збиранням, збереженням, використанням і наданням доступу до інформації про життя людини. У своїй практиці ЄСПЛ не сформулював відповідне розуміння поняття «приватне життя», а обмежився лише зауваженням, що це є дуже широка дефініція, яка не має вичерпного визначення. Звертаючись до рішень ЄСПЛ, важливо наголосити, що основною метою ст. 8 Європейської конвенції захисту прав людини є захист кожної особи від невмотивованого та свавільного втручання органів публічної влади в її особисте та сімейне життя.

У своєму рішенні Конституційний Суд України чітко сформулював висновок, згідно з яким збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди державою, органами місцевого самоврядування, юридичними або фізичними особами є втручанням у її особисте та сімейне життя. Таке втручання допускається винятково у випадках, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Особливу увагу в цьому рішенні привертає положення описової частини, а саме: «неможливо визначити абсолютно всі види поведінки фізичної особи у сферах особистого та сімейного життя, оскільки особисті та 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 тощо. Право на приватне та 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»³.

Такому принципу кримінального процесу, як невтручання у приватне життя, присвячена ст. 15 КПК України, у якій зазначено, що під час кримінального провадження кожному гарантується невтручання у приватне (особисте і сімейне) життя. Крім того, у ній зазначено, що ніхто не може збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію про приватне життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених цим КПК. Інформація про приватне життя особи, отримана в порядку, передбаченому КПК, не може бути використана інакше як для виконання завдань кримінального провадження. Кожен, кому наданий доступ до інформації про приватне життя, зобов'язаний запобігати розголошенню такої інформації⁴.

Органи досудового розслідування, виконуючи покладні на них завдання, відповідно до посадових інструкцій мають доступ до інформації з обмеженим доступом. Це може бути службова чи конфіденційна інформація, а можуть бути чутливі дані, безпідставне розголошення яких може призвести до тяжких наслідків.

До чутливих даних, з якими мають справу слідчі, насамперед належать медичні дані. У рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи R (97)5 від 13 лютого 1997 р.⁵ щодо захисту медичних даних закріплено, що медичні дані – це всі особисті дані про стан здоров'я фізичної особи, а також дані, які чітко та тісно пов'язані з даними про стан здоров'я і генетичними даними. Безпідставне надання третім особам інформації, зокрема, щодо зараження ВІЛ чи іншою невиліковною хворобою затриманого може призвести до тяжких наслідків.

Важливе місце серед складових понятійного обсягу «приватного життя» посідає сексуальність людини, що, як неодноразово підкреслював Європейський суд з прав людини, є найінтимнішою сферою життя. До цієї сфери входять питання, пов'язані з одноставними стосунками, статевою ідентифікацією і сексуальним життям у цілому. У таких справах важливим є саме захист права людини на розвиток своєї особистості. Внаслідок природної інтимності зазначених питань воно набуває ступінь захищеності від втручання.

Під час проведення слідчих (розшукових) дій слідчий у порядку ст. 222 КПК України зобов'язаний відібрати від усіх без виключення учасників такої дії зобов'язання щодо нерозголошення відомостей досудового розслідування (в тому числі персональних даних), які їм стали відомі під час їх проведення, окрім випадків розголошення лише з письмового дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, в якому вони визнають можливим.

До персональних даних, обробка яких є чутливою, належать відомості про расове, етнічне та національне походження, політичні або світоглядні переконання, членство в політичних партіях та або організаціях, професійних спілках, релігійних організаціях чи в громадських організаціях світоглядної спрямованості, стан здоров'я, статево життя, біометричні дані, генетичні дані, місцеперебування та або шляхи пересування особи, факт притягнення до адміністративної чи кримінальної відповідальності, застосування щодо особи заходів у межах досудового розслідування та заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», вчинення щодо особи тих чи інших видів насильства. До чутливих даних також належать відеозаписи з камер спостереження, які встановлені в місцях ізоляції.

Під час проведення досудового розслідування за матеріалами кримінального провадження тимчасовий доступ до речей і документів є одним із найпоширеніших заходів забезпечення кримінального провадження, застосовуваних для досягнення його дієвості.

Відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 160 КПК України при поданні клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, у клопотанні зазначається можливість використання як доказів відомостей, що містяться в речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів.

Вищевказана інформація має надати органу досудового розслідування можливість встановити особу (осіб), які вчинили злочин, та в подальшому використана як доказ (за сукупністю матеріалів) для доведення винуватості у вчиненні кримінального правопорушення.

Відповідно до роз'яснення Вищого Спеціалізованого суду України від 29 січня 2013 р. «Про окремі питання здійснення слідчим суддею суду апеляційної інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні» визнано правильною практикою слідчих суддів суду першої інстанції, які в рамках кримінального провадження, пов'язаного із злочином, вчиненим в умовах неочевидності (злочин наявний, про те відсутні особи, які підозрюються у причетності до його вчинення) під час розгляду клопотань про надання тимчасового доступу до документів, що знаходяться в операторів і провайдерів телекомунікації та містять інформацію про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалості, змісту (вихідні чи вхідні з'єднання, SMS, MMS тощо), маршрутів передавання (ст. 159, п. 7 ч. 1 ст. 162 КПК України), надають тимчасовий доступ до такої інформації щодо всіх абонентів, які перебувають у місці вчинення злочину у відповідний час, одним судовим рішенням.

Відповідно до ч. 6 ст. 163 КПК України передбачено, що слідчий суддя, в разі доведення органом досудового розслідування необхідності про тимчасовий доступ до речей та документів, постановляє ухвалу про надання тимчасового доступу до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю (якою, зокрема, є за положеннями ст. 162 КПК України – інформація, що знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікаційного зв'язку, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалості, змісту, вихідні чи вхідні з'єднання, SMS, MMS тощо), якщо сторона кримінального провадження, крім обставин, передбачених частиною п'ятою цієї статті, доведе можливість використання як доказів відомостей, що містяться в цих речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів та притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності.

Відповідно у клопотанні про тимчасовий доступ до речей і документів слідчий повинен зазначити:

- стислий виклад про обставин вчинення кримінального правопорушення, яке стало причиною подання клопотання;
- правова кваліфікація вчиненого кримінального правопорушення із зазначенням статті (пункту, частини статті) Кримінального кодексу України;
- речі й документи, тимчасовий доступ до яких заплановано отримати;
- підстави вважати, що речі та документи перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи;
- значення речей і документів для встановлення обставин у кримінальному провадженні;
- обґрунтування можливості використання як доказів відомостей, що містяться в речах та документах, і неможливості іншими способами довести певні обставини (щодо речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю);
- обґрунтування необхідності вилучення речей та оригіналів або копій документів (якщо відповідне питання порушує сторона кримінального провадження).

До того ж, згідно з п. 2 ч. 3 ст. 132 КПК України застосування заходів забезпечення кримінального провадження не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який йдеться у клопотанні.

Окремо розглянемо таку слідчу (розшукову) дію, як огляд місця події. Це невідкладна слідча дія, спрямована на встановлення, фіксацію і дослідження обстановки місця події, слідів злочину та злочинця й інших фактичних даних, які надають можливості у сукупності з іншими доказами дійти висновку про механізм події та інші обставини розслідуваної події⁶.

Порядок проведення огляду регламентується ст. 237 КПК України. Так, з метою виявлення та фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення слідчий, прокурор проводять огляд місцевості, приміщення, речей та документів.

У своєму рішенні колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального Верховного Суду зазначила, що «огляд місця події» відрізняється від «огляду житла чи іншого володіння особи», а тому проведення огляду місця події не вимагає дотримання вимог ст. ст. 233, 234 та 237 КПК. Відмінність цих слідчих дій випливає, зокрема, з частини третьої ст. 214 КПК, відповідно до якої огляд місця події може проводитися до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) і вимагає лише негайного внесення відомостей до ЄРДР після його завершення, а для огляду житла чи іншого володіння особи необхідно дотримуватися певних умов, передбачених ст. ст. 233, 234, 237 КПК, що неможливо до внесення відомостей до ЄРДР⁷.

Під житлом особи розуміється будь-яке приміщення, яке знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також всі складові частини такого приміщення. Не є житлом приміщення, спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені за законом⁸.

Відповідно до наказу Міністерства юстиції України від 14 червня 2019 р. № 1769/5 «Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України», на виконання постанови, письмового доручення слідчого, прокурора або слідчого судді (суду) для здійснення кримінального провадження, медичних експертиз на території СІЗО адміністрація слідчого ізолятора зобов'язана: надати приміщення; доставити у зазначене приміщення ув'язненого або засудженого та забезпечити його охорону; забезпечити допуск у СІЗО осіб, які залучаються для участі в слідчих діях; вручити або ознайомити з необхідними документами ув'язненого або засудженого; забезпечити присутність персоналу СІЗО під час проведення обшуку, виїмки, накладення арешту на майно ув'язненого або засудженого, що зберігається на складі СІЗО або знаходиться в його особистому користуванні.

Отже, порядок проведення огляду місця події в місцях ізоляції чітко не регламентовано, що потребує від слідчого належної підготовки та усвідомлення алгоритму своїх дій, використання аудіо/відео записуючих пристроїв кола учасників слідчої дії і наявного режиму в місцях несвободи для пошуку та залучення понятих, залучення інших обов'язкових учасників слідчих (розшукових) дій, в тому числі огляду місця події. Інформація про приватне життя особи, навіть, якщо ця особа перебуває в місцях ізоляції, що отримана в порядку, визначеному положеннями КПК України, може бути використана виключно для виконання завдань кримінального судочинства.

Окрему увагу в статті також хочемо приділити питанням допустимості доказів. Факт втручання у приватне життя (приватність) людини є порушенням людської гідності, незалежності та цілісності особи. Тому органам досудового розслідування слід вміти чітко дотримуватися під час здійснення кримінально-процесуальної діяльності балансу між інтересами особи, суспільства та держави, а також кожне своє процесуальне рішення та дії зобов'язані оформлювати належним чином, оскільки порушення кримінально-процесуальної форми тягне за собою втрату не лише доказів, а й може призвести до негативних наслідків у зв'язку із розголошенням відомостей щодо приватного та особистого життя особи.

У національному законодавстві України закріплено таке поняття, як недопустимі докази. Відповідно до положень норм КПК України недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобути завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Крім того, у ст. 88 КПК України наголошено, що докази, які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом цього кримінального провадження, а також відомостей щодо характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого є недопустимими на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Однак докази і відомості, передбачені частиною першою ст. 88 КПК України, можуть бути визнані допустимими, якщо:

- 1) сторони погоджуються, щоб ці докази були визнані допустимими;
- 2) вони подаються для доказування того, що підозрюваний, обвинувачений діяв з певним умислом та мотивом або мав можливість, підготовку, обізнаність, потрібні для вчинення ним відповідного кримінального правопорушення, або не міг помилитися щодо обставин, за яких він вчинив відповідне кримінальне правопорушення;
- 3) їх подає сам підозрюваний, обвинувачений;
- 4) підозрюваний, обвинувачений використав подібні докази для дискредитації свідка. Докази щодо певної звички або звичайної ділової практики підозрюваного, обвинуваченого є допустимими для доведення того, що певне кримінальне правопорушення узгоджувалося із цією звичкою підозрюваного, обвинуваченого.

Особливу увагу привертає таке поняття, як «кореспонденція», тлумачення якого Європейським судом з прав людини набуває важливого значення. Є непоодинокі випадки, коли у справах про втручання у право на повагу до «кореспонденції» накладається і право на повагу до «приватного» або «сімейного життя». Ці справи виділяють у дві групи: справи про втручання в кореспонденцію шляхом прослуховування телефонних розмов і справи, що стосуються втручання в кореспонденцію осіб, позбавлених волі. Не буде порушенням прав людини, 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 (ч. 2 ст. 8 ЄКПЛ)⁹.

Щодо контролю органів досудового розслідування за «кореспонденцією» осіб, позбавлених волі, фактично він є втручанням у право на приватність. Лише чітко прописані правові підстави (втручання допускається у справах про тяжкі та особливо тяжкі злочини) і належним чином оформлена в судовому порядку (ухвала судді чи слідчого судді) дають право слідчому здійснювати контроль за кореспонденцією згаданої категорії осіб.

Органи досудового розслідування не мають права вилучити під час проведення слідчих (розшукових) дій у місцях тимчасової ізоляції (місцях несвободи) кореспонденцію між підзахисним і адвокатом, особисту медичну документацію, яка містить в тому числі й чутливі дані, без дотримання чітко визначеної судової процедури. При цьому слідчі повинні детально поінформувати особу про мету і процесуальний порядок їх проведення.

¹ Європейська конвенція з прав людини з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколів № 11 та 14 з Протоколами № 1, 4, 6, 7, 12, 13 та 16. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.pdf

² Софінська І. Філософсько-правова візія доктрини громадянства: монографія. Львів: Каменяр, 2018. С. 106.

³ Рішення Конституційного Суду України 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 (справа № 1-9/2012 від 20 січня 2012 р. № 2-рп/2012). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12#Text>

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?find=1&text=%D0%BC%D1%96%D1%81%D1%86%D1%8F+%D1%83%D1%82%D1%80%D0%B8%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F+#w22>

⁵ Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи R11(97)5 щодо захисту медичних даних від 13.02.1997 р. URL: <http://www.unj.com.ua/article/37381/rekomendacii-radi-yevropi-shhodo-zaxistumedichnix-danix>

⁶ Участь спеціаліста в огляді місця події: практ. посіб. / кол. авторів; за заг. ред. О.Г. Рувіна, Б.Б. Теплицького, С.С. Чернявського. Харків: Фоліо, 2018. С. 7.

⁷ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального Верховного Суду від 12 лютого 2019 року, справа № 159/451/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80224144>

⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?find=1&text=%D0%BC%D1%96%D1%81%D1%86%D1%8F+%D1%83%D1%82%D1%80%D0%B8%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D1%8F+#w22>

⁹ Європейська конвенція з прав людини з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколів № 11 та 14 з Протоколами № 1, 4, 6, 7, 12, 13 та 16. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.pdf

Резюме

Калиновський О.В., Ткаченко С.В. Дотримання органами досудового розслідування права на недоторканність приватного життя (приватність).

У статті розкрито правові гарантії недоторканності приватного життя, зміст права на приватність та надано рекомендації щодо проведення органами досудового розслідування окремих слідчих (розшукових) дій саме в місцях несвободи.

Ключові слова: приватність, права людини, недоторканність приватного життя, розслідування, місця несвободи.

Резюме

Калиновский А.В., Ткаченко С.В. Соблюдение органами досудебного расследования права на неприкосновенность частной жизни (приватность).

В статье раскрыты правовые гарантии неприкосновенности частной жизни, содержание права на приватность и представлены рекомендации относительно проведения органами досудебного расследования отдельных следственных (сыскных) действий именно в местах несвободы.

Ключевые слова: приватность, права человека, неприкосновенность частной жизни, расследование, места несвободы.

Summary

Oleksandr Kalynovskyi, Serhii Tkachenko. Observance of right to private life (personal privacy) inviolability by pre-trial investigation agencies.

Article outlines the legal guarantees of personal privacy inviolability, reveals the content of the right to privacy and provides recommendations for pre-trial investigation agencies to conduct certain investigative (search) actions in penal institutions.

The European Court of Human Rights refers all issues related to collection, storage, use and provision of access to information about person's life to the sphere of private life. In its practice, the ECHR did not formulate a proper interpretation of the "private life" concept, but only noted the comprehensive nature of this term which does not have an exhaustive definition.

Such principle of criminal process as non-interference in private life is reflected in Article 15 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which states that in the course of criminal proceedings non-interference in private (personal and family) life is guaranteed to everyone.

Information about a person's private life obtained in accordance with the procedure provided for in the Criminal Procedure Code of Ukraine may be used exclusively for the goals of criminal proceedings. Everyone with access to information about private life is obliged to prevent its disclosure.

Authors emphasize that the pre-trial investigation agencies process information with restricted access while performing the tasks assigned in accordance with job descriptions. This may include official or confidential information along with sensitive data – in these cases unjustified disclosure can lead to serious consequences.

Sexuality is defined as one of the most important components of "private life" conceptual framework, which, as the European Court of Human Rights has repeatedly emphasized, is the most intimate sphere of life. This domain includes issues related to homosexual relationships, gender identity and sex life in general. In such cases, it is the protection of the human right to the development of one's personality that is crucial. Due to the natural intimacy of these issues it acquires a degree of protection against interference.

Based on the analysis of the legal regulation of the crime scene examination in places of detention, authors concluded that this procedure is not clearly regulated, and it requires the investigator to properly prepare and comprehend the algorithm of one's actions, use audio / video recorders and for the investigative action parties and established security in penal institutions for search and involvement of attesting witnesses, involvement of other investigative (search) actions parties, including the stage of crime scene examination. Information about person's private life, obtained in the course of pre-trial investigation, even if this person is staying at the place of detention, must be duly protected from possible disclosure and access of third parties.

The fact of interference with a person's private life (personal privacy) is a violation of human dignity, personal independence and integrity. Therefore, pre-trial investigation agencies should be able to clearly observe the balance between the interests of the individual, society and the state during criminal proceedings, and each procedural decision and action must be properly executed, as violation of criminal procedure entails the loss of not only evidence, but can also lead to negative consequences in connection with the disclosure of information about the private life of a person.

In addition, the pre-trial investigation agencies do not have the right to seize the client-lawyer correspondence, personal medical documentation, including sensitive data, during investigative (search) actions in places of temporary isolation (places of detention) without clearly defined judicial procedures, while investigators must inform the person in details about the aim and procedure of its performance.

Key words: privacy, human rights, privacy, investigation, places of detention.

Б.Я. КОФМАН

*Борис Якович Кофман, кандидат юридичних наук, головний науковий консультант Інституту законодавства Верховної Ради України, заслужений юрист України**

ORCID: 0000-0001-8121-5190

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ НОРМОПРОЄКТУВАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ДО ФОРМУВАННЯ ПАРАДИГМИ ПРОЦЕСУАЛЬНО-СТАДІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Постановка проблеми. В умовах становлення, розвитку й удосконалення демократичної правової державності одним із могутніх факторів якої є визнання, легалізація, реалізація, охорона і захист прав і свобод людини (особистості), а також гарантування їх реалізації, архіважливого значення набуває належне прогнозування, моделювання, формування, розвиток і вдосконалення на рівні законотворення конституційно-правового статусу людини і громадянина (динамічно-стратегічний фактор. – авт.), що є універсальною багатофакторною і багаторівневою нормативною системою, що демонструє та оцінює відношення держави до людини (особистості) (комунікаційно-стратегічний фактор. – авт.); феноменологічною категорією, що містить набір соціально-правових параметрів, які характеризують положення людини в системному комплексі державно організованого соціуму у його відносинах з державою (статусно-стратегічний фактор. – авт.); важливим системностворюючим комплексом, що виникає, існує та функціонує у межах координат сучасної правової реальності, де наведені відносини між людиною (особистістю), соціумом і державою відіграють інституціональну роль та мають визначальне, конституююче значення (державотворчо-стратегічний фактор. – авт.).

Отже, не дарма правовий статус особистості є однією з центральних категорій загальної теорії права, а правовий статус людини і громадянина, на слушну думку О.А. Лукашової, це одна з найважливіших політико-юридичних категорій, яка нерозривно пов'язана з соціальною структурою суспільства, рівнем демократії і станом законності¹.

Разом із тим необхідно наголосити, що в процесах визнання, легалізації, реалізації, охорони і захисту прав і свобод людини (особистості), а також гарантування їх реалізації первинну і стратегічну роль відіграє феноменологія нормопроєктування, нормопроєктної діяльності. Вважаємо, що це детермінується, по-перше, об'єктивізацією та актуалізацією комплексного дослідження феномена правотворення у складних і суперечливих процесах існування, функціонування й розвитку суспільства і держави в сучасних умовах національного державотворення; по-друге, об'єктивізацією та інтенсифікацією правотворчого процесу в Україні, скерованого на відстоювання її державного суверенітету і територіальної цілісності; по-третє, складними тенденціями розвитку глобалізації, і особливо її нової форми інтеграційно-синтетичного та колективно-конвергентційного спрямування – правової глобалізації, скерованої на уніфікацію нормотворчих (законотворчих, конституційно-творчих) процесів розвитку національної державності в рамках міжнародної спільноти держав та становлення феноменології глобального конституціоналізму; по-четверте, актуалізацією перспективної ролі і значення становлення і розвитку саме національного інституту нормопроєктування, нормопроєктної діяльності з позицій стану самого нормопроєктного процесу, його модернізації відповідно до об'єктивних тенденцій розвитку, а також його значення для формування системи параметральних ознак, що у підсумку спрямовані на формування і нормативну формалізацію конституційно-правового статусу людини (особистості) і громадянина і, отже, загального правового статусу людини в державі; по-п'яте, особливої ролі нормопроєктування, нормопроєктної діяльності в національній та міжнародній нормотворчості, важливим сегментом якої є «нормування – нормативізація – нормопроєктування», а у підсумку й прийняття нормативно-правових актів, що складають, формують, стабілізують, роблять реальним, тобто, таким, що може бути реалізованим, підкріплюють та вдосконалюють конституційно-правовий статус людини (особистості) і громадянина як на внутрішньодержавному, так і на міжнародно-правовому рівнях.

Стан дослідження проблеми. Проблематика конституційно-правового статусу людини і громадянина розроблялася у роботах таких радянських та вітчизняних авторів, як: М. Антонович, К. Арановський, М. Баймуратов, О. Батанов, А. Венгеров, Л. Воеводін, А. Георгіца, В. Гришук, Ю. Грошевий, В. Денисов, Є. Додін, Р. Калюжний, В. Карташкін, М. Козюбра, В. Коновалова, М. Корнієнко, В. Кравченко, О. Кутафін, О. Лукашева, М. Малєїн, Г. Мальцев, Г. Манов, О. Марцеляк, Г. Мурашин, Є. Назаренко, А. Олійник, В. Опришко, М. Орзіх, М. Панов, О. Петришин, В. Погорілко, П. Рабінович, В. Селіванов, О. Скрипнюк, В. Тацій, І. Тимченко, В. Тихий, Є. Тихонова, О. Тодика, Ю. Тодика, О. Фрицький, М. Цвік, В. Шаповал, В. Шемшученко,

© Б.Я. Кофман, 2020

* *Boris Kofman, Ph.D. in Law, Chief Scientific Advisor of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine, Honoured Lawyer of Ukraine*

Л. Юзьков. Разом із тим дослідження конституційно-правового статусу в контекстуалізації саме профільної нормопроектної діяльності відносно нього, а в юридичній науці вони майже не проводилися.

У сучасній юридичній літературі до останнього часу практично не було комплексних наукових досліджень, присвячених проблемам нормопроектування як багатоаспектної та різнорівневої самостійної юридичної категорії. Такий стан справ пояснювався тим, що, по-перше, основні наукові праці, що досліджують окремі аспекти нормопроектування, належать до 70-х рр. ХХ ст. та пов'язані з працями таких радянських та зарубіжних вчених, як Н.Д. Абдуллаєв, С.С. Алексєєв, Л.І. Антонова, І.Л. Брауде, М.О. Голодний, В.М. Горшенєв, Б.В. Дрейшев, В.П. Казимирчук, Д.А. Керімов, Д.А. Ковачев, Г.В. Коміанський, В.В. Максимов, А. Нашиц, А.С. Піголкін, С.В. Поленіна, Р.В. Раскатов, Ю.Д. Рудкін, Ю.О. Тихомиров, Р.О. Халфіна, Ц.А. Ямпольська. По-друге, у працях згаданих учених інститут нормопроектування досліджується фрагментарно, несистемно, без врахування комплексного підходу і тільки в межах загальної теорії правотворчості, не конкретизуючи інституційну самостійність, конституюючу особливість та організаційно-технологічну специфічність нормопроектної діяльності як такої.

Дослідження проблемних питань правового регулювання нормопроектної діяльності саме в конституційному праві на сучасному етапі суспільного розвитку проводили вітчизняні та зарубіжні фахівці у галузі адміністративного та конституційного права, теорії держави та права, серед яких варто відмітити праці В.Б. Авер'янова, О.Ф. Андрійко, Г.В. Атаманчука, М.В. Баглая, М.О. Баймуратова, О.М. Бандурки, Д.М. Бахраха, Д.М. Белова, Ю.П. Битяка, С.Н. Братуся, М.М. Бурбики, Ю.О. Волошина, Л.К. Воронової, В.М. Гарашука, В.К. Гіжевського, Є.А. Гетьмана, І.П. Голосніченка, І.С. Гриценка, С.М. Гусарова, Т.О. Дідича, Є.В. Додіна, М. Дюверже, В.В. Зуй, Р.А. Калюжного, Девіда П. Каррі, В.М. Косовича, Л.Т. Кривенко, В.В. Коношльова, В.В. Копейчикова, В.О. Котюка, М.А. Крутоголова, Є.В. Курінного, В.М. Марчука, О.М. Музичука, В.Я. Настюка, Л.В. Ніколаєва, Н.Р. Нижник, В.І. Олефіра, Л.А. Окунькова, М.П. Орзіх, Ю.М. Перерви, О.В. Петришина, В.П. Петкова, В.М. Поповича, Н.Ю. Пришви, П.М. Рабіновича, Н.О. Сахарова, С.Г. Серьогіної, О.Ф. Скакун, О.В. Совгірі, С.Г. Стеценка, В.П. Чабана, В.О. Шамрая, В.М. Шаповала, О.О. Шевченка, Ю.С. Шемшученка, І.М. Шопіної, І.Д. Шутака, О.І. Ющика та інших. Однак, незважаючи на значну кількість наукових праць, опублікованих останніми роками, необхідність вирішення проблем організаційно-правового супроводження і забезпечення нормопроектної діяльності, у тому числі її правового регулювання в конституційному праві як провідної та профільюючої галузі національного права України, з одного боку, та відсутність комплексних наукових досліджень з цієї проблематики, з іншого – зумовлюють актуальність та важливість наукових розвідок із зазначеного питання, особливо в умовах проведення конституційної, судової, адміністративної, муніципальної реформ.

Необхідно зазначити, що в останні роки ця проблематика актуалізується. У 2018 р. Т.О. Дідичем була захищена докторська дисертація із спеціальності 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень на тему «Теоретико-методологічні засади правоутворення» та Р.В. Чорнолуцьким також була захищена докторська дисертація на тему «Феноменологія нормопроектної діяльності в конституційному праві України: питання теорії і практики» із спеціальності 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право, які внесли суттєвий внесок в розробку теоретичних засад нормопроектної діяльності, включаючи й проблематику нормопроектування у сфері прав і свобод людини, тим самим підкреслюючи важливість доктринально-теоретичний і праксеологічний рівень досліджуваної проблематики.

Тому **метою** даної статті є дослідження актуальних питань нормопроектування правового статусу людини і громадянина в конституційному праві України особливо в контексті формування парадигми його процесуально-стадійного забезпечення.

Виклад основного матеріалу. Вважаємо, що для дослідження актуальних питань нормопроектування правового статусу людини і громадянина в конституційному праві України необхідно визначити, що в цій сфері виступає предметом-об'єктом нормопроектної діяльності. А це скерує нас до визначення архітектоники самого правового статусу людини і громадянина.

У процесі визначення такої архітектоники (структури) правового статусу людини і громадянина, що є серцевиною нормативного вираження основних принципів взаємовідносин між людиною і державою, ми зразу ж стикаємось з низкою труднощів дефінітивної, методологічної, онтологічної, змістовної та праксеологічної властивості, що напрями має відношення до нормопроектування в профільній сфері.

Так, у контекстуалізації дефінітивного підходу необхідно відмітити, що в сучасній юридичній науці одні представники науки теорії права ототожнюють поняття правового становища і правового статусу особистості^{2,3}, а інші їх розмежовують⁴. Більш того, саму феноменологію правового статусу визначають як у вузькому, утилітарному його розумінні – як сукупність прав, свобод і обов'язків людини⁵, так і в широкому, більш системно-комплексному сенсі – як юридично закріплене положення особистості в суспільстві⁶, у тому числі сукупність прав і свобод, обов'язків і відповідальності особистості⁷.

Визначення методологічного підходу до пізнання правового статусу людини і громадянина дає можливість зазначити, що в цьому процесі використовується уся сукупність методів пізнання юридичної реальності, бо людина виступає її центром управлінсько-правового впливу та доміантним суб'єктом здійснення юридично значимих діянь. З-поміж них треба відмітити загальнонаукові методи, методи науки управління, соціології, правознавства, а також спеціальні методологічні засади вивчення прав, свобод і обов'язків людини (особистості) у теоретико-правовому вимірі⁸. Отже, до методів пізнання правового статусу людини і громадянина можна віднести діалектичний, логічний, дедуктивний та індуктивний методи, системний, структурний, комплексний, логічний, історичний, компаративний методи, метод абстрагування та моделювання, а також інші методи, що використовуються сучасною юридичною, соціологічною та політичною науками для дослідження відносин людини з державою та державно організованим соціумом⁹. Розуміння методології

веде до прогностичного розуміння онтологічних та змістовних настанов правового статусу людини і громадянина.

Незважаючи на те, що правовому статусу особистості в юридичній літературі приділяється велика увага, єдності думок з питання про його архітектуру та структурні елементи, що її становлять, до цього часу не досягнуто. Тому виникають труднощі онтологічної властивості. Разом із тим у доктрині права є розуміння щодо видового підходу до досліджуваного статусу. Отже, така видова класифікація правових статусів особистості проводиться за різними підставами. Залежно від обсягу прав, свобод і обов'язків розрізняють міжнародний, загальний (конституційний), родовий (спеціальний) і індивідуальний правові статуси особистості¹⁰.

Міжнародний правовий статус особистості включає в себе права, свободи, обов'язки і гарантії, що вироблені міжнародним співтовариством і закріплені в міжнародно-правових документах¹¹. Його захист передбачений як внутрішнім законодавством через використання конституційно-правових норм та норм інших галузей права, включаючи й норми міжнародного права, що імплементовано в національне законодавство у вигляді норм звичайних законів, так і міжнародним правом, виходячи з міжнародно-правових зобов'язань держави, що узяті нею в рамках підписаних міжнародних багатосторонніх договорів та міжнародними судовими органами, у випадку вичерпання фізичними особами всіх доступних внутрішньодержавних засобів правового захисту¹².

Загальний (конституційний) правовий статус особистості – сукупність прав, свобод, обов'язків і їх гарантій, закріплених в Основному Законі держави. Його характерологічна риса – це те, що він є загальним, узагальненим і однаковим для всіх незалежно від національності, релігійних переконань, соціального стану; характеризується стабільністю і визначеністю; передбачає рівність прав і обов'язків громадян, рівність їх перед законом; є базовим для всіх інших; служить основою для придбання конкретних суб'єктивних прав, покладання обов'язків й несення відповідальності. Його характерними ознаками є єдність і стабільність, що зумовлені особливостями самого людського життя¹³. Звідси, загальний статус передбачає встановлення у суспільстві нормального правопорядку, передбачуваних і розумних змін, які забезпечують збереження генотипу країни, темпи виробництва матеріальних і духовних цінностей, вільний розвиток особистості. Причому, як будь-яка основа, на якій утворюються нові якості, конституційний статус повинен володіти стійкістю, його статичне існування має тривати доти, поки основні суспільні відносини не зміняться докорінно і здебільшого, – тоді в ньому спостерігаються динамічні зміни трансформаційного характеру.

Родовий (спеціальний) статус особистості, своєю чергою, відображає специфіку правового положення окремих категорій людей, які можуть мати якісь додаткові суб'єктивні права і обов'язки¹⁴. Він зумовлений особливостями становища особи і потребами її функціональної спеціальної активності (студент, пенсіонер, військовослужбовець, посадова особа та ін.); отже, він є загальним для певного кола осіб. Спеціальний статус доповнює (статус судді або військовослужбовця) або обмежує (статус особи, що перебуває в місцях позбавлення волі) загальний правовий статус, тобто коригує його. На відміну від загального статусу, який є постійним, спеціальний статус характеризується нестабільністю, він має мінливий характер, тобто може змінюватися в результаті переходу особи з однієї групи в іншу.

Індивідуальний статус характеризує особливості становища конкретної людини і являє собою персоніфіковані права і обов'язки у їх конкретних, природних і набутих здібностях і особливостях (стать, вік, сімейний стан, стан здоров'я, релігійні переконання і т. ін.). Він відрізняється рухливістю: змінюється відповідно до тих змін, які відбуваються в житті людини¹⁵.

Слід зазначити, що правове становище конкретної фізичної особи може розглядатися у вигляді своєрідної «мотрійки» як сума загального, спеціального та індивідуального статусів, співвідношення яких варіюється залежно від конкретних ситуацій. Загальний правовий статус для всіх громадян єдиний, спеціальних статусів (родових, групових) багато, індивідуальних існує стільки, скільки осіб перебуває на території держави.

Залежно від того, нормами якої галузі права регулюється правове становище особистості, розрізняють галузеві правові статуси: конституційно-правовий, цивільно-правовий, адміністративно-правовий, кримінально-правовий, сімейно-правовий, муніципально-правовий і т. д. При цьому основою правового статусу особистості є її конституційний статус, де права, свободи і обов'язки в сукупності утворюють єдиний, внутрішньо узгоджений комплекс. Звідси й виникають відповідні труднощі в нормопроєктній роботі щодо моделювання, нормування, нормативізування, а також наступного прийняття, легалізації, реалізації та гарантування такого правового статусу.

Разом із тим необхідно наголосити, що в кожній галузі права існують свої особливі, притаманні саме їй права і обов'язки. Сукупність закріплених в окремій галузі права особливих прав, свобод і обов'язків людини (особистості) утворює категорію «галузевого правового статусу особистості». Галузевий статус особистості складається з правомочностей і інших компонентів, опосередкованих окремою або комплексною галуззю права.

Залежно від характеру зв'язку людини (особистості) з державою (наявності або відсутності громадянства) можна виділити: а) правовий статус громадянина; б) правовий статус іноземця; в) правовий статус апатриду (особи без громадянства); г) правовий статус біженця.

Отже, виходячи саме з цього, на території своєї патримоніальної держави громадяни мають усю повноту прав, свобод, і несуть усі обов'язки, встановлені Конституцією та іншими нормативно-правовими актами. Правовий статус громадянина є всеосяжним. Це означає, що громадянин має всю повноту встановлених в законодавстві прав і свобод, на нього поширюються і всі обов'язки. Правовий статус інших суб'єктів містить низку вилучень (див. ст. 26 Конституції України¹⁶). Наприклад, іноземці не можуть брати участь у виборах і референдумах, нести державну службу, служити в армії, створювати політичні партії, володіти власністю

тощо. У деяких державах іноземцям надається правовий статус, максимально наближений до правового статусу громадянина – це називається наданням «національного режиму».

Водночас необхідно розуміти й те, що різниця понять «людина», «особистість», «громадянин» тягне і відмінність у їх правових статусах. Відповідно виділяють правовий статус людини, правовий статус особистості і правовий статус громадянина, хоча правовий статус людини практично завжди збігається з правовим статусом особистості, якщо людина є повністю праводієздатною, тобто володіє правосуб'єктністю; а правовий статус людини (особистості) збігається з правовим статусом громадянина у разі наявності відповідного правового стану фізичної особи.

Виникає низка питань щодо елементного «набору», що становить правовий статус людини і громадянина. Так, на відміну від класичної сукупності юридичних прав і обов'язків, до такого «набору» А.І. Лепешкин включав їх гарантії¹⁷, тобто надавав досліджуваній проблематиці більш аксіологічного спрямування; Л.Д. Воєводін – правоздатність і принципи¹⁸, сповідуючи визначальну роль реальних можливостей людини функціонувати у правовому просторі та діяти в ньому відповідно до їх основоположних засад; Б.В. Щетинін – громадянство, розуміючи виключну і пріоритетну роль держави у наданні фізичній особі відповідного обсягу прав, свобод і обов'язків¹⁹; М.І. Матузов – загальну (статутну) відповідальність громадянина перед державою і суспільством²⁰, ставлячи таким чином людину (особистість) у положення підпорядкованого суб'єкта субординаційних правовідносин; М.В. Вітрук – законний інтерес²¹, який, навпаки, робить фізичну особу більш вільною у межах правового простору держави, дозволяючи їй ширше тлумачити норми законодавства та більш вільно обирати правила власної поведінки, що напряду не врегульовані нормами права, але логічно витікають з них. Своєю чергою, В.А. Патюлін, сповідуючи комплексний підхід, стверджує, що правове становище (статус) особистості охоплює громадянство, загальну правоздатність, основні права і обов'язки (включаючи конституційні), конституційно закріплений принцип рівноправності²²; більш традиційним і цивілістичним підходом характеризується доктринальна позиція М.С. Строговича, що під структурними компонентами правового статусу особистості, крім прав і обов'язків, пропонував розуміти ще й правові гарантії прав і правову відповідальність за виконання обов'язків²³. Доктринальний підхід М. Авдеєнкової і Ю. Дмитрієва, що базується на процесуально-облігаторних і динамічно-статичних засадах, включає пропозицію щодо включення до складу структурних елементів правового статусу: 1) порядку його придбання і втрати (динамічний аспект. – авт.); 2) прав і обов'язків (статичний аспект. – авт.); 3) відповідальності (облігаторний аспект. – авт.); 4) гарантії дотримання прав і свобод (процесуальний аспект. – авт.); 5) правових станів²⁴ (статично-динамічний аспект. – авт.). Розуміння характеристики структури правового статусу В.М. Горшеньовим базується на ієрархічній контекстуалізації, що реалізується через пошук більш виразного встановлювання субординаційних зв'язків його складових елементів і фактично веде до побудови такої структури правового статусу: юридичні обов'язки, суб'єктивні права, юридичні свободи і юридична відповідальність²⁵.

Розуміння змістовної наповненості елементів правового статусу людини (особистості) також суттєво впливає на розуміння можливостей нормопроектування в профільній сфері. Так, дефінітивне визначення термінів та терміносистем «права», «свободи», «обов'язки», «гарантії», «відповідальність» тощо мають, поперше, не тільки суттєве значення для їх однозначного тлумачення (інтерпретаційний аспект. – авт.); по-друге, для розуміння належних лінгвістично-змістовних підходів їх використання в тексті проєктів нормативно-правових актів (лінгвістично-змістовний аспект. – авт.); по-третє, воно повинно відповідати змістовному навантаженню та інтерпретаційному розумінню аналогічних термінів, що закріплено в тексті Основного Закону держави (імперативно-змістовний аспект. – авт.). Важливе значення, по-четверте, має використання зазначених термінів та терміносистем у контекстуалізації еволюції самого феномена правового статусу людини (особистості), особливо, враховуючи те, що правовий статус виступає як складна соціально-правова комплексна, системна, інтеграційна категорія, що відображає основоположні взаємини особистості і суспільства, людини (громадянина) і держави, індивіда і колективу на різних рівнях державно організованого соціуму, інші соціальні зв'язки, – які зі зміною соціальних, державотворчих та нормотворчих процесів можуть змінюватись, наражаючись на зміни і трансформацію. Тому важливо, щоб людина не тільки правильно представляла своє положення в соціумі та державі, свої права і обов'язки, місце в тій чи іншій соціальній структурі, а й відповідно до нормативних настанов, що становлять її правовий статус, будувала свою поведінку та сполучала її з вимогами і потребами інших членів соціуму й держави.

Наприклад, розглядаючи розуміння терміну «права», необхідно звернути увагу на позицію М.В. Вітрука, який зазначав, що права і свободи існують не в силу того, що вони формально визнані державою і узаконені (хоча це так само необхідно), а в силу самої сутності людського співжиття, що складаються в ньому системно суспільних відносин і соціальних можливостей особистості, що впливають із них²⁶. Своєю чергою, О.А. Лукашова, розглядаючи права і свободи як елемент правового статусу, включає в нього не тільки основні (конституційні) права, а й увесь комплекс прав, що випливають із законів (внутрішньодержавних і міжнародних)²⁷. Аналізуючи наведені доктринальні позиції, необхідно зазначити, що тут йдеться не тільки про кількісні показники, що формують відповідний «кадастр» прав людини, та які гарантуються державою в контексті їх визнання, легалізації, реалізації, охорони, захисту, гарантування, а й про «якісний вимір» феноменології самих прав, розпорошеність та надмірність кількості яких будуть нівелювати їх змістовно-функціональну та онтологічно-праксеологічну цінність та значення.

Праксеологічний контекст визначення архітектоники (структури) правового статусу людини і громадянина насамперед проявляється не тільки у належній науково-доктринальній та динамічно-функціональній його побудові в процесі нормопроектування, а й в умінні зробити «нормативну насиченість» проєкту нормативно-правового акта такою, щоб він мав ознаки належної регламентації, адекватного регулювання, опти-

мальної реалізуємості та позитивної управлінської ефективності. Враховуючи той факт, що йдеться про нормопроєктування конституційно-правового статусу людини (особистості) і громадянина, результатом якого є його або первинна правова легалізація, або доповнення такого статусу з метою його вдосконалення, модернізації чи трансформації, таке нормопроєктування набуває стратегічного характеру. Звідси, об'єктивується, актуалізується та зростає роль технологічного фактору нормопроєктної діяльності, в основі якої лежить формування її параметральних ознак.

Комплексною метою нормопроєктної діяльності, що, з одного боку, веде до нормативізації і забезпечення законодавчого (конституційно-правового) регулювання певної сфери суспільних відносин та, з іншого боку, у широкому розумінні, здійснюється для встановлення якісних та кількісних показників нормативного забезпечення певних сфер суспільних відносин, наявності прогалин і колізій у законодавчому забезпеченні відповідної сфери з наступним їх усуненням, а також для реалізації правової політики держави в цій архіважливій сфері, – через визначення її основних напрямів, пріоритетів, принципів, суб'єктного і предметно-об'єктного складу, а також організаційних і організаційно-правових форм її реалізації, є побудова не тільки нормативної моделі (проекту) нормативно-правового акта, а й відповідної до його телеологічних домінант технологічної моделі, що у підсумку додасть йому високих технологічних якостей у його сприйнятті, розумінні, застосуванні, реалізації та досягненні соціальної ефективності.

Саме в цьому аспекті вважаємо за доцільне запропонувати технологічний підхід дослідниці Н. Розенфельд, що у процесі здійснення нормопроєктної діяльності, в контексті розуміння побудови відповідної парадигми дій, виокремлює декілька етапів²⁸:

– на першому етапі окреслюється коло суспільних відносин, які входять у сферу відносин щодо законодавчого покриття якої треба провести нормопроєктування;

– під час другого етапу визначаються всі закони, які регламентують суспільні відносини в межах визначеного об'єкта правового регулювання, виявляються і фіксуються предмети правового регулювання кожного з таких законів з метою запобігання виникнення колізій;

– на третьому етапі шляхом розробки проекту закону на поле наявних соціальних відносин виявляється відповідність законодавчого регулювання суспільних відносин;

– на четвертому етапі визначаються групи суспільних відносин, законодавча регламентація яких у проекті в межах досліджуваного напрямку відсутня, визначається так званий «дефіцит закону» (відсутність законодавчого забезпечення регулювання об'єктивно існуючих суспільних відносин);

– на п'ятому етапі визначаються групи соціальних відносин, регламентування яких у проекті в межах досліджуваного напрямку дублюється кількома законами, визначається «профіцит закону» (наявність неодноразового законодавчого регламентування об'єктивно існуючих суспільних відносин).

Вважаємо, що застосування такого чіткого процедурно-технологічного підходу до нормопроєктної діяльності щодо конституційно-правового (законодавчого) забезпечення формування, розробки або вдосконалення конституційно-правового статусу людини і громадянина стане гарантією її належного нормативно-правового і процесуального формування, супроводження і забезпечення.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу зробити наступні висновки:

– пошук оптимальних моделей взаємовідносин держави з особистістю завжди представляв складну проблему, але, на нашу думку, в основі її позитивного вирішення лежить високий і якісний рівень нормопроєктної діяльності у сфері нормотворчого (законотворчого) забезпечення конституційно-правового статусу людини (особистості) і громадянина;

– аналізуючи становлення і розвиток такого конституційно-правового статусу в різних державах в історичній ретроспективі, необхідно звернути пильну увагу на його еволюційно-динамічний характер, обсяг прав і свобод, які держава надавала своїм громадянам, змінювався саме залежно від її хронологічного розвитку, бо оптимальні моделі вирішальною мірою залежали від характеру суспільства, типу власності, демократії, розвиненості економіки, культури та інших об'єктивних умов, але багато в чому вони визначалися також владою, законами, правлячими класами, тобто, суб'єктивними факторами;

– в процесі пошуку моделей взаємовідносин держави з людиною (особистістю) головні труднощі полягали не тільки у встановленні таких системи і порядку, при яких і особистість мала б можливість безперешкодно розвивати свій потенціал (здібності, талант, інтелект), і загальнодержавні цілі – те, що об'єднує всіх, – визнавалися б і шанувалися, а велике значення мали відповідні технологічно-формалізовані аспекти діяльності уповноважених осіб з нормування, нормативізації, формулювання, формалізації, легалізації, реалізації та гарантування реалізації нормативних настанов, що містять конституційні права, свободи і обов'язки людини (особистості) і громадянина. Саме вони виникають у процесі нормотворення (законотворення), важливою частиною якого виступає нормопроєктна діяльність у сфері становлення і розвитку такого конституційно-правового статусу;

– у процесі визначення архітектоніки (структури) правового статусу людини і громадянина, що є серцевиною нормативного вираження основних принципів взаємовідносин між людиною і державою, – з метою здійснення нормопроєктної діяльності в профільній сфері ми стикаємось з низкою труднощів дефінітивної, методологічної, онтологічної, змістовної та праксеологічної властивості, що напряму має відношення до нормопроєктування та знаходять своє вирішення в процесі такої діяльності та її підсумках, бо профільний статус отримує своє вираження в правах, свободах і обов'язках людини.

¹ Права человека: учебник для вузов / отв. ред. чл.-корр. РАН, д.ю.н. Е.А. Лукашева. Москва: Изд-во НОРМА, 2002. С. 19.

² Теория государства и права: учебник / Н.И. Матузов, А.В. Малько. Москва: Юрист, 2004. 512 с.

- ³ Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России: учеб. пособ. Москва: Изд-во МГУ, Издат. группа ИНФРА-М – Норма, 1997. 304 с.
- ⁴ Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. Москва: Норма, 2008. С. 25.
- ⁵ Орзіх М.П. Правовий статус людини і громадянина. *Основи правознавства*: навч. посіб. / С.В. Ківалов, М.О. Баймуратов, Л.Р. Біла, Ю.Є. Полянський, Є.В. Додін, В.В. Дудченко, І.І. Каракаш, О.О. Погрібний, Н.А. Мірошніченко; ред.: С.В. Ківалов, М.П. Орзіх. Київ: Знання, 2001. С. 136.
- ⁶ Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1972. С. 190.
- ⁷ Венгеров А.Б. Теория государства и права: учеб. Москва: Из-во «Омега-Л», 2011. 585 с.
- ⁸ Юрчак І.Р. Обов'язки особи: теоретико-правовий вимір: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2017. С. 3.
- ⁹ Француз-Яковець Т.А. Забезпечення конституційно-правового статусу людини і громадянина в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Одеса, 2007. С. 3.
- ¹⁰ Баранов А.В. Теория государства и права. Томск: Изд-во Томского университета систем управления и радиоэлектроники, 2015. 235 с. С. 3. URL: <https://lawbook.online/gosudarstva-prava-teoriya/vidyi-pravovogo-statusa-41613.html>
- ¹¹ Перевалов В.Д. Правовой статус личности. Теория государства и права / под ред. В.М. Карельского, В.Д. Перевалова. Москва: ИНФРА-М – НОРМА, 2002. С. 549.
- ¹² Баймуратов М.О. Міжнародне публічне право: підручник. Київ; Одеса: Фенікс, 2018. С. 112.
- ¹³ Стефанюк Ю.В. Правовой статус особи: поняття і класифікація. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 4. С. 43–44.
- ¹⁴ Перевалов В.Д. Правовой статус личности. *Теория государства и права* / под ред. В.М. Карельского, В.Д. Перевалова. Москва: ИНФРА-М – НОРМА, 2002. С. 550.
- ¹⁵ Рабінович П.М. Основы загалної теорії права і держави. Київ: Атіка, 2001. С. 26.
- ¹⁶ Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
- ¹⁷ Лепешкин А.И. Правовое положение советских граждан. Москва: Мысль, 1966. С. 3–11.
- ¹⁸ Воеводин Л.Д. Содержание правового положения личности в науке советского государственного права. *Советское государство и право*. 1965. № 2. С. 42–50.
- ¹⁹ Щетинин Б.В. Гражданин и социалистическое государство. *Советское государство и право*. 1975. № 2. С. 4.
- ²⁰ Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1972. С. 189–205.
- ²¹ Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. Москва: Норма, 2008. С. 38.
- ²² Патюлин В.А. Государство и личность в СССР (правовые аспекты взаимоотношений). Москва: Наука, 1974. С. 230.
- ²³ Строгович М.С. Вопросы теории прав личности. Философия и современность. Москва, 1976. С. 33–35.
- ²⁴ Авдеев М., Дмитриев Ю. Понятие основ правового статуса человека и гражданина. *Право и жизнь*. 2004. № 2. С. 33.
- ²⁵ Горшенев В.М. Структура правового статуса гражданина в свете Конституции СССР 1977 года. Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 года. *Вопросы теории государства и права, государственного и административного права*: сб. науч. трудов. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1980. С. 55.
- ²⁶ Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. Москва: Норма, 2008. С. 224.
- ²⁷ Права человека: учебник для вузов / отв. ред. чл.-корр. РАН, д.ю.н. Е.А. Лукашева. Москва: Изд-во НОРМА, 2002. С. 96.
- ²⁸ Розенфельд Н. Коротка методика юридичного аналізу ефективності застосування законодавства. Київ: Юстиніан, 2009. С. 15.

Резюме

Ковман Б.Я. Актуальні питання нормопроєктування правового статусу людини і громадянина в конституційному праві України: до формування парадигми процесуально-стадійного забезпечення.

Досліджуються актуальні питання процесів формування парадигми процесуально-стадійного забезпечення нормопроєктування правового статусу людини і громадянина в конституційному праві України та висловлено міркування щодо їх нормативно-технологічного вирішення, супроводження і забезпечення.

Ключові слова: правовий статус, конституційний статус, правовий статус людини (особистості) і громадянина, нормопроєктування, нормопроєктна діяльність в конституційному праві.

Резюме

Ковман Б.Я. Актуальные вопросы нормопроектирования правового статуса человека и гражданина в конституционном праве Украины: к формированию парадигмы процессуально-стадийного обеспечения.

Исследуются актуальные вопросы процессов формирования парадигмы процессуально-стадийного обеспечения нормопроектирования правового статуса человека и гражданина в конституционном праве Украины и высказываются соображения относительно их нормативно-технологического решения, сопровождения и обеспечения.

Ключевые слова: правовой статус, конституционный статус, правовой статус человека (личности) и гражданина, нормопроектирование, нормопроектная деятельность в конституционном праве.

Summary

Borys Kofman. Current Issues of Normo-designing of the Legal Status OF Human and Citizen in the Constitutional Law of Ukraine: to the Formation of the Procedure and Stage Paradigm.

Topical issues of the processes of forming the paradigm of procedural and stage support of norm-designing of legal status of a person and a citizen in the constitutional law of Ukraine are investigated, and considerations regarding their normative-technological decision, support and provision are given.

It is stated that the search for optimal models of the relationship between the state and the individual has always been a difficult problem, but at the heart of its positive solution is a high and qualitative level of standard-project activity in the sphere of normative (legislative) maintenance of the constitutional and legal status of a person (individual) and citizen.

Analyzing the formation and development of such a constitutional-legal status in different states in historical retrospect, it is necessary to pay close attention to its evolutionary-dynamic character – the amount of rights and freedoms that the state gave its citizens varied precisely in the dependence and understanding of its chronological development, – optimal models were crucially dependent on the nature of society, type of property, democracy, development of economy, culture and other objective conditions, but they were also largely determined by the government, the law, the ruling class, that is, subjective factors.

In the process of finding models of the relationship of the state with the person (personality), the main difficulties were not only the establishment of such systems and order, in which the personality would be able to freely develop their potential (abilities, talent, intelligence), and national goals – the fact that unites all – would be acknowledged and respected, and the relevant technologically-formalized aspects of the activities of authorized persons for normalization, normalization, formulation, formalization, legalization, implementation and guarantee of implementation of normative guidelines that contain constitutional rights, freedoms and responsibilities of the individual (individual) and citizen – they arise in the process of norm-making (law-making), an important part of which is the norm-project activity in the sphere of formation and development of such constitutional-legal status.

It is proved that in the process of defining the architectonics (structure) of the legal status of a person and a citizen, which is the core of the normative expression of the basic principles of the relationship between the person and the state – in order to carry out norm-projective activity in the field of expertise we face a number of difficulties of a definitive, methodological, ontological, ontological and a praxeological property that is directly relevant to the norm-design and find their solution in the process of such activity and its results, because the profile status is obtained from OE expression of the rights, freedoms and duties of man.

Key words: legal status, constitutional status, legal status of human (person) and citizen, normo-design, normo-project activity in constitutional law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.21

УДК 342.4

Н.В. ВЕРЛОС

*Наталія Володимирівна Верлос, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Запорізького національного університету**

ORCID: 0000-0003-3598-2721

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ ЦИФРОВИХ ПРАВ ЛЮДИНИ: ВІТЧИЗНЯНА ПРАКТИКА ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Актуальність теми. Стрімкий розвиток та використання цифрових технологій, їх активне впровадження у різні сфери суспільного життя створює необхідність якісно оновленого розуміння та трансформації масиву правових норм, які регулюють конституційні права людини.

Правове регулювання та реалізація конституційних прав людини в умовах цифрової трансформації особливо актуалізується під час пандемії COVID-19, коли, з одного боку, держава, вживаючи запобіжні заходи поширення інфекції, змушена суттєво обмежувати права людини, а, з іншого боку, існує необхідність оптимізації механізму реалізації прав людини шляхом надання можливості їх здійснення, в тому числі й у цифровому форматі. Зокрема право на освіту, на працю, на підприємницьку діяльність, на судовий захист, на участь у виборах та референдумах, на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості та ін. отримують в умовах цифрової трансформації зовсім інше розуміння механізму реалізації та супроводжуються пробільністю правового регулювання. Саме тому проблема конституціоналізації цифрових прав людини набуває актуальності в умовах цифрової трансформації та недосконалості правового регулювання.

Формулювання мети статті. Враховуючи актуальність теми, основна мета цієї статті полягає у дослідженні доктринальних підходів до визначення цифрових прав людини як правової категорії, аналізі позитивного міжнародного досвіду конституціоналізації цифрових прав, який можна запозичити в процесі конституційного реформування в Україні.

Стан дослідження. Дослідженню цифровізації взагалі та цифрових прав зокрема присвячені праці як вітчизняних, так і зарубіжних вчених, серед яких можна назвати Р. Амеліна, Д. Белла, З. Бжезинського, М. Бондара, О. Бочкова, С. Грачову, Т. Камінську, А. Камінського, О. Карцихію, М. Кастельса, Р. Катца, К. Линьова, І. Лопушинського, Й. Масуда, Ф. Махлупа, В. Наумова, А. Ніколаєва, Д. Пашенцева, М. Пората, Е. Селесте, Т. Стоуньєра, Е. Тоффлера, М.С. Черемсінюву, А. Шафаловича, С. Шахрая та ін.

Виклад основного матеріалу. Насамперед варто зазначити, що правовий дискурс останнім часом збагачується такими термінами, як цифрові права особистості, цифрове самовизначення, право на Інтернет, цифрові сервіси, віртуальна реальність, кіберпростір, цифровий суверенітет, штучний інтелект, хмарні сервіси, інтернет речей, блокчейн та ін. А отже, поступово формується окремий міжгалузевий правовий інститут цифрових прав людини. Також в літературі висловлюється позиція, прибічники якої взагалі виокремлюють цифрове право як самостійний напрям правового регулювання¹.

Цифрові права (digital rights) є порівняно новою правовою категорією, а тому їх перелік, визначення та необхідність виокремлення викликає дискусію в науковому юридичному середовищі. Так, існує думка, що

© Н.В. Верлос, 2020

* *Natalia Verlos, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Zaporizhzhia National University*

поняття «цифрові права» доцільно розглядати не як окрему групу прав людини, а як умовну категорію, що охоплює особливості реалізації та гарантії захисту фундаментальних прав людини в Інтернеті, зокрема свободи вираження поглядів та права на приватність онлайн. Зважаючи на величезну роль, яку відіграє Інтернет у сучасному житті, виокремлення такої категорії допомагає краще систематизувати та вивчати потреби захисту прав людини в онлайн-середовищі, окремі гарантії яких сьогодні розпорошені в рекомендаціях, резолюціях та інших актах міжнародних інституцій². Інші дослідники вважають цифрові права похідними від інформаційних, але не тотожними, і наголошують на необхідності їх виділення в окрему групу³. Також цифрові права розуміють і як права громадян на доступ, використання, створення й публікацію цифрових творів, право на вільний доступ до мережі Інтернет (інших комунікаційних мереж) з використанням комп'ютерів та інших електронних пристроїв⁴.

Попри дискусійність визначеної проблеми варто визнати, що розвиток цифрових технологій дійсно впливає на розвиток конституційних прав людини, необхідність доктринального переосмислення та оптимізації нормативного врегулювання. Тому вважаємо, що наразі існує необхідність виділення окремої групи «цифрових прав», до яких варто віднести: право на доступ до електронних пристроїв та телекомунікаційних мереж (Інтернет), право на захист персональних даних, право на інформаційне самовизначення (ідентифікацію), право на анонімність, право на забуття, право на вільну передачу та поширення інформації та ін. Проте необхідно зважати й на те, що в процесі реформування та здійснення конституційно-правової модернізації варто враховувати можливість та необхідність реалізації фундаментальних прав людини, які вже визначені в Конституції України, але реалізуються в умовах цифровізації.

На рівні ООН це питання неодноразово обговорювалось. Було визнано, що право на Інтернет є невід'ємним правом людини, яке необхідно забезпечувати на усіх рівнях, а також акцентовано увагу на його вирішальній ролі у розвитку суспільства, а права, які людина має в офлайновому середовищі, повинні також захищатись і в онлайн-середовищі. ООН закликає всі держави поважати і захищати право на недоторканність особистого життя, в тому числі в контексті цифрової комунікації⁵. Але на відміну від офлайнового середовища, в якому конституційні механізми захисту прав людини є більш-менш врегульованими, в онлайн-середовищі це зробити доволі важко. Тобто наразі відбувається процес якісно оновленого розуміння змісту прав людини, що спричиняє необхідність вироблення системи конституційних гарантій та механізмів захисту прав людини в контексті цифрової трансформації. Дійсно, можна погодитись із думкою про те, що конституційний захист прав у віртуальному середовищі забезпечити складніше, ніж в реальному світі. Це пов'язано не тільки з обмеженими технологічними функціями, які можуть виконувати органи охорони правопорядку, а й з переосмисленням співвідношення конституційних прав і свобод в цифровому просторі.

Оскільки цифрові права доволі складно обмежити внутрішньонаціональними рамками, вважається, що правове регулювання має носити транснаціональний характер та регулюватись міжнародними актами. Зокрема, Європейською спільнотою вже розроблено Хартію цифрових прав⁶, а також в юридичній літературі висловлюються пропозиції щодо необхідності розробки та прийняття Цифрової Конституції⁷. Але поки що не існує дієвого міжнародного акта, який враховував би усі аспекти реалізації та захисту цифрових прав людини.

Аналіз нормативного досвіду зарубіжних країн дає змогу виділити два шляхи внутрішньонаціонального нормативного регулювання цифрових прав: по-перше, це конституціоналізація цифрових прав, за якої відбувається зміна тексту конституції з метою врегулювання цифрових прав на найвищому конституційному рівні, а, по-друге, це цифровізація конституційних прав, за якої права, закріплені в конституції, набувають оновленого тлумачення чи врегулювання на підставі рішень органів конституційної юрисдикції, практики європейського суду з прав людини або у профільному законодавстві.

Перший шлях є актуальним переважно для держав, які розробляють і приймають конституції у ХХ ст., але є й приклади ревізії вже прийнятих конституцій. Так, Конституцію Греції ще у 2001 р. було доповнено ст. 5А, де у ч. 2 закріплено право усіх осіб на участь в інформаційному суспільстві та спрощення доступу до інформації, що передається в електронному вигляді⁸. Більш чітке формулювання міститься в Конституції Грузії, яка у 2018 р. в процесі конституційної реформи внесла відповідні зміни і визначила право усіх на доступ до Інтернету та користування ним (п. 4 ст. 17)⁹.

Другий шлях переважно використовують держави, які визнають необхідність нормативного закріплення та оновленого розуміння фундаментальних конституційних прав у цифрову епоху, але поки що не готові до зміни Конституції. Доволі часто для цього використовують або органи конституційної юрисдикції, які, не змінюючи «тіло конституції», тлумачать окремі конституційні норми з урахуванням цифрової реальності, або приймають окремі закони, що регулюють окремі цифрові права.

Яскравим прикладом у цьому контексті є Німеччина, де регулювання цифрових прав (на інформаційне самовизначення, на забезпечення цілісності та конфіденційності інформаційно-технологічних систем (ІТ-право), на таємницю листування, поштових відправлень і телекомунікацій, на недоторканність житла¹⁰) переважно має так зване «судове походження», адже за відсутності нормативного закріплення в профільному законодавстві регулюється рішеннями Федерального Конституційного суду Німеччини. Тобто унормування відбувається за мірою необхідності, у випадках виникнення правового конфлікту. Разом із тим сутність цих прав не змінюється, а лише інтерпретується крізь призму цифрової трансформації.

У цьому контексті цікавим є досвід Франції, яка, здійснюючи поступове тлумачення цифрових прав органом конституційної юрисдикції, усвідомила необхідність прийняття кодифікованого нормативно-правового акта. А саме: Конституційна рада Франції у 2009 р. визнає доступ до Інтернету основоположним правом людини, вказавши, що запропоновані у французькому законі про захист прав інтелектуальної власності в Інтернеті норми щодо можливого автоматичного та позасудового відключення доступу порушників до Інтер-

нету мають бути скасовані¹¹. Це стало передумовою прийняття у 2016 р. Закону «Про цифрову республіку»¹².

Більшість держав здійснюють нормативне регулювання цифрових прав за допомогою поточного профільного законодавства. Так, в Італії у 2015 р. парламентом була схвалена Декларація про права в Інтернеті, де у ст. 2 визначається, що доступ до Інтернету є основним правом людини та умовою її повноцінного індивідуального й соціального розвитку, а також закріплюється, що кожен має рівне право на доступ до Інтернету на рівних умовах із технологічно адекватними та сучасними методами, які усувають будь-які економічні та соціальні перешкоди¹³. Нова Зеландія у 2015 р. приймає Акт про цифрову комунікацію¹⁴, У Бразилії з 2014 р. діє Закон про порядок використання Інтернету¹⁵.

Зарубіжні дослідники також акцентують увагу насамперед на необхідності зміни конституційної парадигми у зв'язку зі стрімким розвитком цифрових технологій. Так, Е. Селесте звертає увагу на те, що права людини в Інтернеті можуть мати таку ж природу, як ті, що існують у фізичному світі, але при цьому вони відкривають нові можливості. Конституції все ще ефективні у віртуальному вимірі, оскільки охоплюють ту частину поведінки людини, яка симетрично знаходить свою рівновагу у фізичному світі. І навпаки, коли конституційні норми застосовуються до нових форм взаємодій, виникають два варіанти: або конституційні норми вдається регулювати нову поведінку, або остання істотно не впливає на Конституцію. Обґрунтовує свою позицію дослідник тим, що, наприклад, під час розробки та прийняття Конституції Ірландії у 1937 р. неможливо було передбачити цифрову революцію та нові форми взаємодій, що випливали з неї. Тому цифрові права можуть бути врегульовані іншими юридичними джерелами або концептуалізовані на теоретичному рівні, але не мати обов'язкового характеру. Так, свобода інформації, захист даних та інформаційне самовизначення та доступ до Інтернету – це принципи, які не кодифіковані в тексті Конституції Ірландії, але визнаються на законодавчому чи іншому нормативному рівні¹⁶.

Цифрова трансформація передбачає необхідність рецепції відповідних конституційних стандартів у сфері забезпечення та реалізації прав людини, без яких неможливий подальший розвиток конституціоналізму в умовах цифрової трансформації. Одним із них є необхідність нормативного визначення та врегулювання права на доступ до Інтернету.

Переважає більшість держав, у тому числі й Україна, визначають право на доступ до Інтернету на рівні профільного законодавства, що, з одного боку, дає змогу виконувати усі ратифіковані конвенції та рекомендації міжнародних організацій, а з іншого – не здійснювати ревізії Конституції. Але все одно процес рецепції перспективних конституційних ідей, концепцій, доктрин повинен торкатись і «тіла Конституції», адже Конституція як акт найвищої юридичної сили не може бути індиферентним до глобальних процесів суспільно-правової модернізації¹⁷. Freedom House, оцінюючи рівень свободи в Інтернеті серед 65 країн та вивчаючи проблеми підключення, блокування, фільтрування, а також ризиків арешту або нападу на користувачів у відповідь на їх онлайн-діяльність, у своєму щорічному звіті «Freedom on the Net» за 100-бальною шкалою надала Україні 56 балів і визнала її як країну з частково вільним Інтернетом¹⁸.

У процесі цифрової трансформації перелік конституційних прав людини поступово розширюється та отримує якісне оновлення змістової інтерпретації. Наприклад, останнім часом Європейський суд з прав людини дедалі частіше стикається з необхідністю розширення переліку прав людини та його оновлення новими концепціями, такими як право на переносимість даних (right to data portability) і право на забуття (right to be forgotten). Іншими словами, право суб'єкта інформації заперечувати проти подальшого опрацювання його особистих даних, і обов'язок оператора даних видалити інформацію негайно після того, як вона перестає бути необхідною для цілей обробки¹⁹.

Право на забуття (право бути забутим) (від англ. right to be forgotten) трактується як право людини, що дозволяє їй вимагати за певних умов видалення своїх особових даних із загального доступу через пошукові системи, тобто посилань на ті дані, які, на її думку, можуть завдати їй шкоди. Це стосується застарілих, недоречних, неповних, неточних або надлишкових даних чи інформації, законні підстави для зберігання якої зникли зі спливом часу²⁰. Вперше реалізація особою права на забуття стала предметом судового розгляду у справі за скаргою Маріо Костехи Гонсалеса (Mario Costeja Gonzalez) на Google Inc та Видавничий дім La Vanguardia Ediciones SL, яка розглядалась найвищою судовою інстанцією ЄС – Європейським Судом Правосуддя, який 13 травня 2014 р. постановив, що європейське законодавство дає право громадянам країн ЄС звертатись до будь-яких пошукових систем з проханням видалити посилання, що стосуються особистої інформації про заявника. Видаленню підлягають неадекватні й застарілі дані, а також ті, які є надмірними щодо цілей, для яких вони були розміщені в Інтернеті²¹.

Фактично зазначене рішення стало прецедентом, який змушує переглянути і зрозуміти необхідність розширення переліку конституційних прав людини з урахуванням можливостей їх цифрової реалізації.

При цьому, окрім забезпечення та реалізації цифрових прав людини, необхідно розробляти і концепцію цифрових обов'язків та відповідальності за порушення цих прав. Можна погодитись із позицією О.О. Бочкова, який акцентує увагу на тому, що цифровізація загострює проблему ризиків на державному та особистісному рівнях: в галузі виробництва та використання зброї масового ураження, загрози ядерної війни, тероризму, дотримання прав власності, хакерських вторгнень та кіберзлочинності, фінансових махінацій, поширення наркотиків, порушення таємниці особистого та сімейного життя, свободи слова, авторського права та ін.²² Тому на державу покладається обов'язок не тільки розширювати перелік цифрових прав та здійснювати їх конституціоналізацію, а і вживати превентивні заходи з метою недопущення зазначених ризиків та охорони правопорядку.

У рамках ООН вже прийнято низку резолюцій, присвячених захисту окремих цифрових прав, зокрема Резолюції Генеральної Асамблеї «Про захист прав в Інтернеті» від 27 червня 2016 р.²³, «Про право на недо-

торканність приватного життя в цифровому столітті»²⁴. Аналогічні акти існують в форматі регіональних міждержавних об'єднань, наприклад, на рівні Комітету Міністрів Ради Європи в 2005 р. прийнята Декларація про права людини і верховенство права в інформаційному суспільстві²⁵. Але ці акти переважно мають рекомендаційний характер і не завжди імплементуються у внутрішньонаціональне законодавство.

Висновки. Підсумовуючи, можна констатувати, що в процесі розвитку конституційного права України потенціал цифрової трансформації на сьогоднішній день реалізується не в повному обсязі, а перспективні тенденції мають такі пріоритети, як розвиток мережеских форм взаємодії, комунікативних технологій контролю і планування, формування якісно оновленої моделі розвитку цифрових прав. Також для підвищення ефективності реалізації цифрових прав необхідно застосовувати рецепцію правового матеріалу з країн, де конституційно-правова модернізація вже відбулась з урахуванням цифрової трансформації та має позитивний досвід нормативного регулювання, в тому числі й на найвищому конституційному рівні.

¹ Карцихия А.А. Цифровая трансформация права. *Мониторинг правоприменения*. 2019. № 1(30). С. 25–29.

² Права людини онлайн: Порядок денний для України / В. Володовська, М. Дворовий. Київ: ГО «Лабораторія цифрової безпеки», 2019. 56 с. С. 6.

³ Грачева С.А., Черемисинова М.Е. Вопросы конституционного обеспечения цифровых прав. *Вестник МГПУ*. 2018. № 4(32). С. 56–70 (Серия «Юридические науки»).

⁴ Карцихия А.А. Цифровая трансформация и права человека. *Русская политология*. 2018. № 4. С. 33–38. С. 35–36.

⁵ Human Rights Council. 38th session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. 18 June–6 July 2018. URL: <https://undocs.org/A/HRC/38/L.10/Rev.1>

⁶ The Charter of Digital Rights. URL: https://edri.org/wp-content/uploads/2014/06/EDRi_DigitalRightsCharter_web.pdf

⁷ Шахрай С.М. «Цифровая» Конституция. Судьба основных прав и свобод личности в тотальном информационном обществе. URL: http://www.isprras.ru/pics/File/News/Doklad_20042018.pdf

⁸ The Constitution of Greece As revised by the parliamentary resolution of April 6th 2001 of the VIIth Revisionary Parliament. Athens: Hellenic Parliament, 2004. 143 p.

⁹ Конституція Грузії от 24 августа 1995 г. с изменениями от 23 марта 2018 г. № 2071. URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/30346?publication=35>

¹⁰ Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии / сот. проф., д-р Юрген Швабе, Торстен Гайслер; отв. ред. Клаудиа Кроуфорд. Москва : Инфотропик Медиа 2018. 1048 с.

¹¹ Decision n°2009-580 of June 10th 2009. URL: <https://edri.org/edri-gramnumber7-123-strikes-censured-council-constitutional/>

¹² Loi pour une République numérique consulté le 1er décembre 2016. URL: <https://www.economie.gouv.fr/republique-numerique>

¹³ Dichiarazione dei diritti in Internet. 14 luglio 2015. URL: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf

¹⁴ Digital Communications Act 2 July 2015. URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2015/0063/latest/whole.html>

¹⁵ The Brazilian Civil Framework of the Internet LAW No. 12.965, APRIL 23RD 2014. URL: <https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/APPROVED-MARCO-CIVIL-MAY-2014.pdf>

¹⁶ Celeste E. The Irish Constitution and the Challenges of the Digital Age. Is It Time for a Bunreacht na hÉireann 2.0? / The Constitution at 80: 80 Years of Constitutional Change, 11 November 2017, University of Limerick. URL: <https://ulsites.ul.ie/law/sites/default/files/Edoardo%20Celeste%20-%20Challenges%20of%20the%20Digital%20Age.pdf>

¹⁷ Verlos N. Teleological dominants of the reception in the context of the realization of the concept of transnational constitutionalism. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. № 1. Ч. 3. Р. 40.

¹⁸ Freedom on the Net: Internet Freedom Scores. URL: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-net/scores>

¹⁹ Интернет: прецедентная практика Европейского Суда по правам человека / Совет Европы. Европейский Суд по правам человека, 2012. 41 с. С. 12. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_Internet_RUS.pdf

²⁰ Андрощук Г. Суд ЄС: Google виграв спір щодо права на забуття. *Юридична Газета*. 2019. № 40 (694). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/zahist-intelektualnoyi-vlasnosti-avtorske-pravo/sud-es-google-vigrav-spir-shchodo-prava-na-zabuttya.html>

²¹ Соколова М. Право быть забытым: Испания против Google: Блог о свободном интернете. URL: <https://www.lawtrend.org/%20information-access/blog-information-access/pravo-byt-zabytyem-evropejskij-sud-demonstriruet-nekompetentnost>

²² Бочков А.А. Современное государство в условиях цифровой реальности. *Право. Экономика. Психология*. 2019. № 3. С. 3–9. С. 4–5.

²³ The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: resolution (adopted at the 32nd Session). URL: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session32/Pages/ResDecStat.aspx>

²⁴ The right to privacy in the digital age: Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013. URL: <http://undocs.org/A/RES/68/167>

²⁵ Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society, CM(2005)56 final 2005. URL: http://www.ifapcom.ru/files/Deklaratsiya_Komiteta_ministrov_o_pravah_cheloveka_i_verhovenstve_prava_v_informat-sionnom_obschestve.pdf

Резюме

Верлос Н.В. Конституціоналізація цифрових прав людини: вітчизняна практика та зарубіжний досвід.

Стаття присвячена актуальній проблемі конституціоналізації цифрових прав людини в умовах цифрової трансформації. У процесі дослідження здійснюється аналіз доктринальних підходів до визначення цифрових прав людини як правової категорії, моніторинг позитивного міжнародного досвіду конституціоналізації цифрових прав, який можна запозичити під час конституційного реформування в Україні.

Ключові слова: конституціоналізм, рецепція, цифрові права, цифрова трансформація, конституційні права людини, право на Інтернет, право на анонімність, право на забуття, право на вільну передачу та поширення інформації.

Резюме

Верлос Н.В. Конституционализация цифровых прав человека: отечественная практика и зарубежный опыт.

Статья посвящена актуальной проблеме конституционализации цифровых прав человека в условиях цифровой трансформации. В процессе исследования осуществляется анализ доктринальных подходов к определению цифровых прав человека как правовой категории, мониторинг положительного международного опыта конституционализации цифровых прав, который можно заимствовать во время конституционного реформирования в Украине.

Ключевые слова: конституционализм, рецепция, цифровые права, цифровая трансформация, конституционные права человека, право на Интернет, право на анонимность, право на забвение, право на свободную передачу и распространение информации.

Summary

Natalia Verlos. Constitutionalization of digital rights: domestic practice and foreign experience.

The article covers the topical problem of constitutionalization of digital human rights in the conditions of digital transformation. The study analyzes doctrinal approaches to the definition of digital human rights as a legal category, the monitoring of the positive international experience of constitutionalization of digital rights, which can be borrowed in the process of the constitutional reform in Ukraine.

In the study, based on the analysis of normative experience of foreign countries, the author proposes to identify two ways of domestic regulation of digital rights: first, it is the constitutionalization of digital rights, with changing the text of the constitution to regulate digital rights at the highest constitutional level, and second, it is the digitization of constitutional rights, when the rights enshrined in the constitution become updated on the basis of constitutional decisions, the case-law of the European Court of Human Rights or in the relevant legislation.

It is proposed to distinguish "digital rights", including the right to access to electronic devices and telecommunications networks (Internet), the right to protection of personal data, the right to information self-identification, the right to anonymity, the right to be forgotten, the right to free transfer and dissemination of information, etc. However, it should be taken into consideration that in the process of reforming and carrying out constitutional and legal modernization, it is necessary to take into account the possibility and necessity of the realization of fundamental human rights, which are already defined in the Constitution of Ukraine, but are being implemented in the conditions of digitalization.

It is emphasized that in the process of development of the constitutional law of Ukraine the potential of digital transformation is not realized in full today, and perspective tendencies have such priorities as the development of network forms of interaction, communicative technologies of control and planning, formation of qualitatively updated model of digital rights development. Also, in order to increase the effectiveness of the implementation of digital rights, it is necessary to use the legal reception from countries where constitutional and legal modernization has already taken place taking into account the digital transformation and has a positive experience of regulation, including at the highest constitutional level. It should be borne in mind that in addition to ensuring and implementing digital human rights, it is necessary to develop a concept of digital duties and responsibilities for the violation of these rights in order to prevent negative risks and abuse.

Key words: constitutionalism, reception, digital rights, digital transformation, constitutional human rights, right to the Internet, right to anonymity, right to be forgotten, right to free transfer and dissemination of information.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.22

УДК 342.571

Л.О. НІКІТЕНКО

*Лілія Олександрівна Нікітенко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Донецького національного університету імені Василя Стуса**

ORCID: 0000-0002-2152-4255

КРАУДСОРСИНГ ЯК ІНСТРУМЕНТ ПАРТИСИПАТИВНОЇ ДЕМОКРАТІЇ

Постановка проблеми. Конституція України у ст. 38 закріпила право громадян брати участь в управлінні державними справами¹. Закріплення цього права в Основному Законі повністю відповідає міжнародним нормам, зокрема, передбаченому у п. «а» ст. 25 «Міжнародного пакту про громадянські і політичні права» положенню про право кожного громадянина без будь-якої дискримінації та без обґрунтованих обмежень брати участь у веденні державних справ як безпосередньо, так і за посередництвом вільно обраних представників². В основу цього права покладено підхід визнання окремого виду демократії – демократії участі або партисипативної демократії. Пошук нових форм демократії став характерною рисою міжнародної політичної думки та практики сучасності. Партисипативна демократія – це перспективний напрям досліджень, прихильники якого прагнуть побудувати модель громадянської участі в управлінському процесі, адекватну умовам сучасного суспільства. Міжнародне дослідження, проведене в 2006 р. організацією «Геллап Інтернешнл» у 68 країнах світу, виявило, що скептицизм має щодо процесу демократичного правління і розчарування в його результатах набули глобального характеру³. Отже, неабиякий інтерес сьогодення представ-

© Л.О. Нікітенко, 2020

* *Liliia Nikitenko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Vasyl' Stus Donetsk National University*

ляють інструменти партисипативної демократії як важливі та затребувані резерви демократичного розвитку держави. Ключовим інструментом партисипативної демократії є краудсорсинг. В усьому світі визнається необхідність використання краудсорсингу в публічному управлінні, що пов'язано з розвитком сучасних інформаційних і комунікаційних технологій, соціальних мереж і різних діалогових інтернет-майданчиків. В Україні використання цього інструменту тільки набирає обертів. Визначений Україною курс на розбудову «цифрового» суспільства, що закріплений Концепцією розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 рр.⁴, надає можливість ефективно співпрацювати, взаємодіяти з органами публічної влади за допомогою електронних пристроїв.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наука про використання колективного інтелекту та ресурсів натовпу для вирішення політичних проблем стрімко розвивається в європейських країнах та США, на відміну від України, де спостерігається кількісне та якісне відставання вітчизняних досліджень з цієї тематики. Деякі аспекти краудсорсингу намагались висвітлити у своїх роботах такі науковці, як Г.В. Зінченко, О.Б. Кіреєва, Ю.В. Ковбасюк, Н.М. Кропачова, О.Ю. Лялюк, О.С. Марченко та ін. Однак більшість питань все ще залишається відкритими.

Формулювання мети статті. Метою дослідження є уточнення поняття краудсорсингу як інструменту партисипативної демократії, з'ясування його особливостей, позитивних і негативних аспектів застосування.

Виклад основного матеріалу. Найпалкіший прихильник партисипативної демократії Дж. Дьюї стверджував, що справжня демократія передбачає набагато більше, ніж просто періодично голосувати за політиків, адже це не вимагає інтелектуальних зусиль. Утім активна участь у формуванні цінностей, які регулюють суспільне життя, є основою справжньої демократичної форми правління⁵. Поняття «партисипативна демократія» використовується більшою мірою саме в європейських країнах. Правовий інструментарій запровадження технологій партисипативної демократії є особливим для кожної країни. Європейський досвід організації партисипативної демократії передбачає постійну взаємодію з громадянами в процесі вироблення державної чи локальної політики, а це можливо тільки за умови активної позиції держави з цих питань, за наявності бажання останньої узгоджувати не лише ті рішення, що вимагає законодавство, а й інші питання, які стосуються розвитку відповідної території⁶. Така демократія має значно більше форм реалізації, ніж це передбачено законодавством України.

У наш час аби скласти уявлення про місце країни у світі, достатньо поглянути на її позиції у рейтингах інформаційного суспільства. Якість життя сучасної людини все більше залежить від різноманітності й доступності інформаційних продуктів та сервісів. Розвиток інтернету, інформаційних технологій є інвестицією в партисипативну демократію. Ці нові технології долають перешкоди, що заважають здійсненню безпосередньої демократії. Завдяки їх розвитку можливим стає використання ефективного інструменту партисипативної демократії – краудсорсингу.

Краудсорсинг (англ. *crowdsourcing*, *crowd* – «натовп» і *sourcing* – «використання ресурсів») означає залучення великої групи людей для того, щоб придумати якусь ідею або вирішити проблему⁷. Уряд Великобританії, що встановив у 1714 р. нагороду за знаходження точного методу визначення довготи на морі, набагато випередив час. Замість того, щоб оплатити відповідні пошуки одній людині, він запропонував взяти участь у пошуку усіх охочих. Цей метод, який уряд Великобританії застосував 300 років тому, у сучасності назвали краудсорсингом⁸. Отже, краудсорсинг не є новим явищем, але саме цифровий простір, зокрема Інтернет, зробили його доступним у використанні в багатьох сферах суспільної діяльності.

Термін вперше в сучасній історії вжив у 2006 р. журналіст Джефф Хау в статті для журналу Wired «Схід краудсорсингу» («The Rise of Crowdsourcing»), яку потім переробив на книгу «Краудсорсинг: колективний розум як інструмент розвитку бізнесу» (Crowdsourcing: Why the Power of the Crowd is Driving the Future of Business, 2009), де він надає два визначення краудсорсингу: передача виконання роботи від агента (зазвичай працівника), традиційно призначеного її виконувати, до невизначеної, як правило, великої групи людей у формі відкритого конкурсу; застосування принципів відкритого джерела в галузях за межами програмного забезпечення⁹.

Популяризація ідеї краудсорсингу почалася задовго до винаходу самого терміна. У 2004 р. журналіст Джеймс Шуров'ескі опублікував книгу «Мудрість натовпу», заявивши, що при правильно заданих умовах пошук вирішення якої-небудь проблеми з опорою на сукупні знання багатьох людей може бути більш ефективною методикою, ніж використання знань і досвіду кількох з них¹⁰.

У науці поняття «краудсорсинг» першим використав у 2008 р. доцент Університету Південної Каліфорнії Дарен Бребем. Пізніше він опублікував книгу, присвячену краудсорсингу, в якій охарактеризував його як модель розподілу вирішення проблем та виробництва, що використовує колективний інтелект онлайн-спільнот для виконання певних організаційних цілей¹¹. Науковець акцентував, що феномен краудсорсингу тісно пов'язаний зі співпрацею, колективною роботою, консенсусом та творчістю.

Американський тлумачний словник англійської мови Merriam-Webster (відомий як словник Вебстера) у 2011 р. поповнився терміном «краудсорсинг», у розумінні його як «практики отримання інформації від великих груп людей онлайн»¹².

На сучасному етапі в науці немає сталого визначення терміна. Так, Д. Воєйков під краудсорсингом розуміє вирішення суспільно-значущих завдань силами безлічі добровольців, що координують при цьому свою діяльність за допомогою ІТ¹³. На думку О. Кіреєвої, краудсорсинг – це практика отримання необхідних послуг, ідей або контенту шляхом прохань про сприяння, звернених до великих груп людей, особливо до онлайн-спільнот співтовариства, на відміну від звичайних співробітників або постачальників. Краудсорсинг ґрунтується на тому, що є люди, готові працювати безкоштовно, роблячи свій внесок, тому що їм це цікаво. О. Марченко вважає краудсорсинг технологією використання інтелектуального потенціалу або колективного

разуму Інтернет-середовища¹⁴. В. Єспіна краудсорсингом називає вихідне здійснення громадської експертизи проєктів рішень органів виконавчої влади, які зачіпають інтереси значної кількості жителів країни (регіону, міста), тобто врахування громадської думки при прийнятті управлінських рішень, своєчасне і ефективне рішення існуючих проблем, підвищення довіри до влади. На думку Г. Кацаї під краудсорсингом варто розуміти «відкритий заклик» до наговпу зробити внесок для вирішення тієї чи іншої проблеми або виконати завдання, що потребують використання людського інтелекту, часто в обмін на мінімальну винагороду чи соціальне визнання»¹⁵. В українській науці, на відміну від зарубіжної, немає робіт, присвячених розробці методологічних підходів до визначення поняття «краудсорсинг». Вітчизняні науковці здебільшого аналізують наявну термінологію, запропоновану зарубіжними дослідниками і практиками.

Міжнародна практика краудсорсингу має давню історію. Починаючи з вже згаданого проєкту Уряду Великобританії 1714 р., яскравими прикладами використання краудсорсингу можна назвати написання першого видання Оксфордського словника англійської мови 1884 р., www.wikipedia.org (вільна енциклопедія, що пропонує усім користувачам створювати та правити статті), www.tomtom.com (складання карт GPS-навігації), www.openstreetmap.org (вільна карта світу з докладними картами міст), MyStarbucksidea.com (пропозиції щодо поліпшення роботи кав'ярень Starbucks), lizaalert.org (добровольці шукають заблукалих людей), radiation.crowdmap.com (платформа для збору інформації про рівень радіації по всьому світу) тощо. У теорії та практиці краудсорсинга вже існує його поділ на види залежно від сфери застосування. В якості інструмента партисипативної демократії він виступає як політичний краудсорсинг. Цей вид не такий розвинений, як інші, але має приклади застосування.

Так, першою європейською державою, яка використала краудсорсинг у конституційному процесі, стала Ісландія. Створення нової версії головного закону країни було ініційовано відразу після світової фінансової кризи 2008 р., що обернулася для країни економічною катастрофою. Драматичні зміни дали зрозуміти, що стара конституція країни, прийнята в 1944 р., не відповідає сучасності. У результаті було прийнято безпрецедентну програму створення нової конституції. За допомогою лотереї було обрано групу з 25 осіб, серед яких міг опинитися будь-який дорослий громадянин країни, що готувала і пропонувала статті для нової конституції. Ці статті публікувалися в соціальних мережах (Фейсбук та Твіттер) і активно обговорювалися. Влітку 2011 р. проєкт нової конституції потрапив на розгляд до парламенту, після чого був проведений референдум. Так, результатом всенародного обговорення в соціальних мережах і референдуму в Ісландії стала перша «краудсорсингова» Конституція¹⁶, що поставило новий світовий стандарт прозорості державної політики та участі у ній громадян. Ісландія показала всьому світу, що можна і в сфері національних інтересів застосовувати краудсорсинг. Краудсорсингова технологія, за оцінкою політологів, спрацювала на національне єднання і прискорила вихід країни з кризи. У світовій правовій практиці цю подію можна абсолютно без перебільшення назвати революцією.

Після Ісландії естафету у застосуванні краудсорсингу в законодавчому процесі перейняла Фінляндія, розробивши краудсорсинговий проєкт закону про захист авторських прав. Фінляндія стала відмінним прикладом країни, в якій краудсорсингова ініціатива наближена до законотворчості.

Сьогодні більше 70 держав світу, у тому числі Україна, використовують один із найбільш зручних способів краудсорсингу – електронні петиції, в якому є все: від генерації величезної кількості ідей до їх верифікації підписами громадян. У кожній країні застосування цього інституту має свою специфіку та різні показники ефективності. Але практика використання електронної петиції більшості країн доводить доцільність її існування.

До того ж, у багатьох містах світу краудсорсинг став ключовою технологією концептуального проєкту «The European Innovation Partnership on Smart Cities and Communities (EIP-SCC)», який спрямований на залучення широкого загалу до раціоналізації міського простору. Програма «Smart Cities» наразі отримала розвиток у Вінниці, Києві, Львові та інших містах України¹⁷.

Говорячи про використання краудсорсингу в Україні, варто зазначити, що з липня 2015 р., коли Верховна Рада внесла зміни до Закону України «Про звернення громадян», громадяни України також отримали можливість користуватися перевагами електронних петицій. Успіхи України у запровадженні петиції як інструменту демократії вже визнані й на міжнародному рівні. За оцінкою ООН, українці за розвитком електронної участі громадян у політиці увійшли у топ-35 країн світу за цим показником¹⁸.

Серед інших цікавим прикладом використання краудсорсингу в Україні можна назвати формування передвборчої програми чинного Президента В. Зеленського. Майданчиками, на яких використовувався цей інструмент, стали соціальні мережі, де виборці надавали пропозиції щодо включення нагальних проблем, що потребують вирішення, до виборчої програми кандидата. У травні 2019 р. запущено сайт програми LIFT (т. з. Соціальний ліфт), який дасть змогу людям із новими ідеями з перетворення України в різних сферах прийти в політику і реалізувати свої ідеї в управлінні країною¹⁹.

З аналізу існуючих визначень краудсорсингу та практики його застосування можна сформулювати низку його особливих ознак: 1) використання інформаційних технологій; 2) оперативність досягнення мети. Краудсорсинговий проєкт має певну тривалість. Якщо про проєкт відомо, що брати участь у ньому можна тільки обмежений час, то це стимулює людей ставати учасниками; 3) залучення великої кількості талановитих користувачів. Основна частина інтернет-аудиторії – це економічно активний прошарок населення, якому небайдужий поточний стан справ. Політичний потенціал інтернет-аудиторії зараз як ніколи великий; 4) власна ініціатива учасників, добровільність участі; 5) мотивація учасників – самореалізація, філантропія, аматорство; 6) масштабність і глобальність продукту, відсутність географічних меж (люди можуть брати участь у проєкті з будь-якої точки світу); 7) можливість вирішити безліч проблем, які важко вирішити окремим експертам; 8) економія ресурсів (безоплатно або виплачуються мінімальні суми за участь); 9) варіативність

(селекція найкращих пропозицій, обрання найліпшого варіанта); 10) відповідність прийнятих рішень до інтересів різних груп населення; 11) певні правові наслідки.

Для більшого розуміння цього явища варто сказати про принципи краудсорсингу. Головний принцип краудсорсингу, який був сформований Дж. Хау, полягає в тому, що «не треба просити людей зробити щось для вас, навпаки – це ви повинні дати те, що їм потрібно і цікаво». Базові принципи краудсорсингу можна сформулювати таким чином: принцип егалітаризму – потреба соціуму в знаннях і талантах кожної людини; принцип синергії – знання та зусилля, сукупно використовувані, істотно перевищують знання та зусилля кожної окремої людини; принцип рівності – формування рівнозначних зв'язків між людьми, відсутність територіальних, корпоративних, професійних обмежень; принцип конвергенції – зближення суб'єктів продукування інноваційного продукту насамперед через механізм взаємодії; принцип дроблення – краудсорсинг як модель розподіленого вирішення проблем пошуку рішень, дроблення обсягу роботи на компоненти, що становлять єдине ціле подібно до мозаїки²⁰; принцип відкритого входу – інформація про проблему поширюється серед невизначеного кола осіб у формі відкритої пропозиції надсилати варіанти її вирішення.

Безсумнівно, краудсорсинг варто використовувати в Україні. На підтвердження цієї тези можна навести позитивні аспекти його застосування: 1) наближує владу до суспільства. Ефективне застосування краудсорсингу в публічному управлінні підвищує відкритість роботи, прозорість, підзвітність діяльності органів влади; 2) сприяє розвитку демократичного ладу. Багато політичних інститутів схильні до впливу різних чинників, зокрема великого бізнесу, внаслідок цього в суспільстві спостерігається комерціалізація політичних рішень, що веде нас геть від справжньої демократії; 3) об'єднує населення навколо спільних цілей; 4) створює умови для прояву громадської ініціативи; 5) формує найважливіші інструменти зворотного зв'язку з активними громадянами, які хочуть внести свій вклад в розвиток країни, регіону, міста; 6) дозволяє органам публічної влади приймати ефективніші управлінські рішення з урахуванням думок, вимог, пропозицій населення; 7) є маловитратним інструментом розвитку, який досить легко впровадити (за допомогою сайту або соціальних мереж); 8) сприяє створенню глобального продукту; 9) надає доступ до результатів праці обмеженої аудиторії та використання інтелектуального потенціалу талановитих учасників, залучає до вирішення проблем і завдань значну кількість фахівців різної професійної спрямованості з широким географічним охопленням; 10) передбачає можливість використання як на державному, так і на місцевому рівні.

Але не слід забувати про проблемні сторони цього сучасного інструменту партисипативної демократії, серед яких: 1) залежність від технічного забезпечення та цифрова виключеність учасників. Незважаючи на те, що в багатьох країнах велика частина населення має доступ до Інтернету та технічні можливості користування ним, існує частина людей, які його не мають або не хочуть ним користуватися з яких-небудь міркувань²¹; 2) нестійке співробітництво, неорганізованість і непередбачуваність «натовпу» через відсутність юридичних і фінансових зобов'язань; 3) ризики отримання неякісного продукту як результату, низького ККД.

Висновки. Резюмуючи, можна запропонувати визначення політичного краудсорсингу, під яким слід розуміти інструмент партисипативної демократії, в основі якого лежить мета залучення суспільства (безкоштовно або за символічну винагороду) до участі у вирішенні питань загальнодержавного або місцевого значення шляхом надання можливості висловлювати свої пропозиції, думки, вимоги на принципах егалітаризму, синергії, рівності, конвергенції, дроблення та відкритого входу. Краудсорсинг сьогодні є зародженням нової управлінської революції. Його широке застосування дає змогу максимально задіяти переваги інформаційно-комунікативних можливостей XXI століття. Досвід зарубіжних країн демонструє ефективність краудсорсингових проєктів. В Україні політичний краудсорсинг поки що залишається відносно новим і незвичним інструментом, але має потенціал стати нормою. Позитивних аспектів його застосування значно більше, ніж негативних. Участь у краудсорсингових проєктах допомагає громадянам проявити свою громадянську позицію, створює у них досвід хоч і віртуальної, але емоційно цілком реальної взаємодії з владою, дає можливість активно брати участь у державному житті, висловлювати як підтримку влади, так і реалізовувати свій протестний потенціал у конструктивному руслі. Таким чином розвивається досвід демократичної участі. В Україні доцільно використовувати вже існуючу європейську практику застосування інструментів партисипативної демократії із закріпленням їх на законодавчому рівні. Можливість використання технологій краудсорсингу має бути чітко сформована як державна стратегічна мета на загальнодержавному рівні, адже краудсорсинг створює нові можливості для громадянського активізму в політиці. Це новий спосіб досягти мети – демократичного, рівноправного суспільства, в якому кожен може бути почутий.

¹ Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (із змінами).

² Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: Міжнародний документ від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043

³ Voice of the People 2006: What the World Thinks on Today's Global Issues (2006), A Gallup International Survey, Montreal. URL: <https://www.gallup-international.com/publications/third-book/>

⁴ Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.01.2018 р. *Урядовий кур'єр*. 2018. 11 травня. № 88.

⁵ John Dewey. Dewey quote from a 1937 lecture, "Democracy and Educational Administration," excerpt in Joseph Ratner, ed., *Intelligence in the Modern World: John Dewey's Philosophy*. New York: Modern Library. 1939. P. 400–401.

⁶ Лялюк О.Ю. Правове регулювання та практика імплементації законодавства з питань партисипативної демократії в європейських країнах. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2017. Вип. 33. С. 73–89.

⁷ Копалкіна Е.А., Юханов Н.С. Концептуальные основы исследования электронной демократии. *Вестник РУДН. Серия Политология*. 2014. № 2. С. 123–134.

- ⁸ Кіреєва О. Перспективи краудсорсингу як інструменту співпраці органів влади та громадськості в контексті розвитку публічного управління. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2016. Вип. 2. С. 97–104.
- ⁹ Howe J. Crowdsourcing: a definition. URL: crowdsourcing.typepad.com/
- ¹⁰ Епина В.С. Краудсорсинг как технология партисипации в государственном менеджменте. *Вестник института*. 2012. № 2(25). С. 117–122.
- ¹¹ Brabham D.C. Crowdsourcing. A model for leveraging online communities. *The Participatory Cultures Handbook*. Routledge, 2012. 193 p.
- ¹² Максимов Н.Н., Паршина В.С. Краудсорсинг как способ активизации развития персонала. *Молодой ученый*. 2012. № 12. С. 233–234.
- ¹³ Воейков Д. Эффективен ли краудсорсинг как инструмент демократии? URL: www.pcweek.ru/gover/article/detail.php?ID=143376
- ¹⁴ Марченко О.С. Интеллектуальный краудсорсинг как категория информационного сообщества. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2074/1/Marchenko_51_53.pdf
- ¹⁵ Kazai G. (2011). «In Search of Quality in crowdsourcing for Search Engine Evaluation», In Proceedings of the 33rd European conference on Advances in Information retrieval, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, pp. 165–176. URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/5480/a8f3f6d89f3019aa373e91220e19f2d3a506.pdf>
- ¹⁶ Icelanders approve their crowdsourced constitution. URL: <https://gigaom.com/europe/icelanders-approve-their-crowdsourced-constitution>
- ¹⁷ Ковбасюк Ю.В. Краудсорсинг як інструмент публічної влади. *Актуальні проблеми економіки*. 2016. № 4 (178). С. 349–357.
- ¹⁸ Україна в міжнародних рейтингах. URL: <https://tyzhden.ua/Society/227774>
- ¹⁹ Зінченко Г.В. Використання краудсорсингу у процесі формування політики на регіональному рівні. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: Державне управління*. 2019. Т. 30 (69). № 4. С. 55–60.
- ²⁰ Кропачева Н.М. Краудсорсинг як інноваційний інструмент створення реферативної інформації: перспективи застосування. *Наукові праці Державної науково-педагогічної бібліотеки України імені В.О. Сухомлинського*. 2016. Вип. 5. С. 146–152.
- ²¹ Shchetun I., Nikitenko L., Pysariva E., Turchenko O., Afanasieva M. Electronic and Internet Technologies in the Election Process. *Test Engineering & Management magazine*. 2020. Vol. 83: March-April. P. 6776–6784. URL: <http://www.testmagazine.biz/index.php/testmagazine/.../view/4741>

Резюме

Нікітенко Л.О. Краудсорсинг як інструмент партисипативної демократії.

У статті розглядаються питання краудсорсингу як інструменту партисипативної демократії. Акцентується увага на визнанні окремого виду демократії – партисипативної, ключовим інструментом якої вважається краудсорсинг. У теорії та практиці краудсорсинга вже існує його поділ на види залежно від сфери застосування. В якості інструмента партисипативної демократії він виступає як політичний краудсорсинг. Досліджується історія виникнення технології використання колективного інтелекту та ресурсів нагопту та наукових розробок щодо неї. На підставі аналізу існуючих дефініцій, досвіду використання краудсорсингових технологій в політиці зарубіжних країн та України виявлено специфічні ознаки і принципи краудсорсингу як інструменту партисипативної демократії, а також надано авторське визначення поняттю «політичний краудсорсинг». Окрема увага приділяється з'ясуванню негативних і позитивних аспектів застосування політичного краудсорсингу, в результаті чого встановлено, що останніх більше. У статті робиться висновок про доцільність використання краудсорсингу як інструменту партисипативної демократії в Україні з перспективою закріплення на законодавчому рівні.

Ключові слова: краудсорсинг, політичний краудсорсинг, партисипативна демократія, інформаційні технології, електронна петиція.

Резюме

Нікітенко Л.А. Краудсорсинг как инструмент партисипативной демократии.

В статье рассматриваются вопросы краудсорсинга как инструмента партисипативной демократии. Акцентируется внимание на признании отдельного вида демократии – партисипативной, ключевым инструментом которой считается краудсорсинг. В теории и практике краудсорсинга уже существует его разделение на виды в зависимости от сферы применения. В качестве инструмента партисипативной демократии он выступает как политический краудсорсинг. Исследуется история возникновения технологии использования коллективного интеллекта и ресурсов толпы и научных разработок по ней. На основании анализа существующих дефиниций, опыта использования краудсорсинговых технологий в политике зарубежных стран и Украины выявлены специфические признаки и принципы краудсорсинга как инструмента партисипативной демократии, а также предоставлено авторское определение понятия «политический краудсорсинг». Особое внимание уделяется выяснению отрицательных и положительных аспектов применения политического краудсорсинга, в результате чего установлено, что последних больше. В статье делается вывод о целесообразности использования краудсорсинга как инструмента партисипативной демократии в Украине с перспективой закрепления на законодательном уровне.

Ключевые слова: краудсорсинг, политический краудсорсинг, партисипативная демократия, информационные технологии, электронная петиция.

Summary

Liliia Nikitenko. Crowdsourcing as an instrument of participatory democracy.

The article considers the issues of crowdsourcing as a tool of participatory democracy. Emphasis is placed on the recognition of a separate type of democracy – participatory democracy, which is a promising area of research, whose supporters seek to build a model of civic participation in the management process, adequate to the conditions of modern society. Crowdsourcing is a key tool of participatory democracy. The need to use crowdsourcing in public administration is recognized worldwide, which is associated with the development of modern information and communication technologies, social networks and various online dialogue platforms. In Ukraine, the use of this tool is only gaining momentum.

The history of the origin of the technology of using collective intelligence and the resources of the crowd and scientific developments about it is studied. Crowdsourcing has a long history, but it is the digital space, in particular the Internet, that has made it available for use in many areas of public life. In the theory and practice of crowdsourcing there is already a division into types depending on the

scope. As an instrument of participatory democracy, it acts as a political crowdsourcing. This species is not as developed as others, but has examples of application. At the present stage in science there is no fixed definition of the term. Domestic scholars mostly analyze the existing terminology proposed by foreign researchers and practitioners. Based on the analysis of existing definitions, experience in the use of crowdsourcing technologies in the policy of foreign countries and Ukraine, the article identifies specific features and principles of crowdsourcing as a tool of participatory democracy, and provides an author's definition of "political crowdsourcing".

Particular attention is paid to clarifying the negative and positive aspects of the use of political crowdsourcing, during which it was found that the latter is more.

The article concludes that the use of crowdsourcing as a tool of participatory democracy in Ukraine with the prospect of consolidation at the legislative level.

Key words: crowdsourcing, political crowdsourcing, participatory democracy, information technologies, electronic petition.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.23

УДК 340.131

А.І. ІРКЛІЄНКО

*Андрій Ігорович Ірклієнко, аспірант Інституту законодавства Верховної Ради України**

ORCID: 0000-0002-5689-2226

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС КОНСТИТУЦІЙНОЇ РАДИ ФРАНЦІЇ

Постановка проблеми. Конституційна рада Франції – орган конституційного контролю, заснований Конституцією 1958 р. Конституційна рада не є єдиним органом, що здійснює контроль конституційності¹. Своєрідність конституційного контролю у Франції полягає в тому, що він має подвійну природу і виходить за рамки відомих моделей конституційного контролю². Конституційність актів, які виходять від Парламенту, розглядається Конституційною радою, а від органів виконавчої влади – Державною Радою³.

Конституційна рада була створена як політико-юридичний орган, покликаний обмежити владу Парламенту, в тому числі шляхом здійснення попереднього конституційного контролю. Однак у результаті конституційної реформи 2008 р. Конституція Франції була доповнена положеннями, що дозволяють звертатися із запитом щодо конституційності чинних законів. Нова процедура спричинила внесення змін до низки нормативних правових актів, зокрема в органічний закон «Про Конституційну раду»⁴, і отримала нормативно закріплену назву «пріоритетне питання конституційності»^{5,6,7}.

Незважаючи на те, що Конституційна рада не іменована судом, її рішення є, по суті, судовими актами і, подібно рішенням Конституційного Суду України, наділені властивістю обов'язковості. Вони обов'язкові для всіх адміністративних і судових органів і не підлягають перегляду (абз. 3 ст. 62 Конституції Франції)⁸. Однак слід враховувати, що крім обов'язкових рішень, Конституційна рада «висловлює думки», які мають консультативний характер.

Аналіз останніх досліджень і публікацій засвідчив, що незважаючи на наявність у юридичній літературі значної кількості публікацій, присвячених функціонуванню органів конституційного контролю в зарубіжних країнах (зокрема, праці таких учених, як Г. Кельзен, К. Ейзенман, К. Хессе, В.О. Гергелійник, І.І. Маринів, О.С. Лютюк, С.В. Пілюк, М.Д. Савенко, А.О. Селіванов, В.Є. Скомороха, І.Д. Сліденко, М.В. Тесленко, А.П. Ткачук, Т.О. Цимбалістий, В.М. Шаповал та ін.), вважаю, що французька модель конституційного контролю потребує спеціального дослідження в контексті постійних змін у її функціонуванні. **Метою** статті визначено аналіз особливостей конституційно-правового статусу Конституційної Ради Франції.

Виклад основного матеріалу. Хоча у Франції, як і в інших країнах романо-германської правової системи, основним джерелом права є нормативний правовий акт, на питання про те, чи містяться норми права в рішеннях Конституційної ради, не дається однозначно негативної відповіді. Французький правознавець О. Бо вважає, що сам механізм тлумачення призводить часом суддю до правотворчості⁹. Отже, конституційний суддя буде додавати конституційні норми до письмового тексту^{10,11}.

Подібний підхід підтверджується практикою Конституційної ради, в рішеннях якої можна знайти стійкі правові позиції, тобто «нормативно-інтерпретаційні встановлення» (вдаючись до термінології українського конституційного права)¹². Прикладом можуть служити рішення, в яких визначається його власна компетенція: Конституційна рада відмовилася перевіряти закони, прийняті на референдумі, які є безпосереднім вираженням волі народу¹³.

Конституційна рада крім здійснення конституційного контролю має низку інших функцій: політичних, консультативних і виступає в якості суду по оцінці результатів виборів депутатів Національних Зборів, Сенату і Президента Республіки¹⁴. Можливо, саме тому Конституційна рада класифікує свої рішення відповідно до видів власних повноважень. При цьому зазначені видові особливості позначаються Конституційною радою за допомогою стійких буквених поєднань, що включаються в номери рішень: REF – прийняті з питань референдуму; ORGA – прийняті щодо питань організації Конституційної ради тощо^{15,16}.

© А.І. Ірклієнко, 2020

* *Andrey Irklienko, Postgraduate student of Institute of Legislation of the Verchovna Rada of Ukraine*

Оскільки при всій різноманітності функцій Конституційної ради Франції головним її призначенням залишається конституційний контроль, то, використовуючи критерій повноважень, відповідно до яких приймаються рішення, при первинній градації слід виділяти рішення з питань, пов'язаних з забезпеченням відповідності Конституції нормативних актів (забезпечення пріоритету Конституції), і рішення, що приймаються при здійсненні інших повноважень.

При подальшому розподілі в першій групі виділяються рішення, пов'язані з перевіркою конституційності нормативних актів, і рішення, пов'язані з розмежуванням компетенції різних гілок і рівнів влади¹⁷. Другу групу можна поділити на рішення: щодо виборчих спорів; з питань конституційної відповідальності парламентаріїв і президента; щодо застосування ст. 16 Конституції¹⁸.

У рамках двох первинних груп, виділених за видами повноважень, рішення Конституційної ради також можна розрізнити за додатковими критеріями. У їх числі: юридична сила (рішення обов'язкові і консультативні – думки); особливості процедури прийняття (рішення, що виносяться Конституційною радою за зверненнями заявників і за власною ініціативою). Крім того, для здійснення своїх повноважень, що мають зовнішню спрямованість (рішення першої та другої груп), Конституційна рада приймає внутрішньо-організаційні рішення. Такі рішення доречно виділяти в окрему групу¹⁹.

З урахуванням зазначеного дамо коротку характеристику окремих видів рішень Конституційної ради.

1. Рішення Конституційної ради, пов'язані з перевіркою конституційності нормативних актів, діляться на рішення з питань перевірки тих законів, що ще не вступили в силу (ДС) і рішення з питань перевірки чинних законів (QPC)²⁰.

Наведений поділ відображає повноваження Конституційної Ради за попереднім і подальшим конституційним контролем. Окремо в цій групі виділяються рішення з питань контролю за конституційністю законів Нової Каледонії (LP)²¹.

Рішення з питань перевірки чинних законів, які є єдиною можливим способом доступу громадян до конституційного правосуддя, з'явилися в цій групі відносно недавно²². Однак звернення громадянина має пройти через «подвійний фільтр» перш, ніж потрапити в Конституційну раду. Громадяни мають право лише в рамках судового розгляду звернутися до суду з клопотанням про перевірку конституційності застосування певної норми, якщо вважають, що вона зачіпає їх права і свободи, гарантовані Конституцією²³. Рішення про передачу звернення до Конституційної ради приймає суд. Далі воно передається по підвідомчості до Державної Ради або в Касаційний Суд, які і передають його до Конституційної Ради.

Так, своїм рішенням Конституційна рада відмовилася перевіряти конституційність закону, прийнятого на референдумі, вважаючи, що прийняття закону безпосередньо народом «очищає» такий акт від можливої незаконності. Об'єктом контролю є відповідність правових норм Конституції і іншим конституційним принципам і нормам²⁴.

Для визначення кола конституційних норм, відповідність яким перевіряється, Конституційна Рада ввела поняття «блоку конституційності», в який до теперішнього часу включають Конституцію 1958 р., Преамбулу до Конституції 1946 р., Декларацію прав людини і громадянина 1789 р., Хартію довілля 2004 року і конституційні принципи. Для рішень за скаргами громадян органічним законом «Про Конституційну раду» встановлено більш вузьке коло еталонних норм: в рамках пріоритетного питання конституційності контроль конституційності здійснюється з точки зору закріплених в блоці конституційності прав і свобод, а не всього блоку конституційності в цілому²⁵.

Висновки. У цілому можна зазначити, що Конституційна рада приймає багато «технічних» актів, які часом навіть не потребують аналізу Конституції (наприклад, опублікування списку кандидатів на посаду Президента Республіки), а також рішень, в яких істотну роль грає аналіз фактичних обставин відповідних справ (як, наприклад, при вирішенні питання про позбавлення парламентарія депутатського мандата).

Рішення Конституційної ради відрізняються формальністю і стислістю. Рішення може займати буквально кілька абзаців. Найчастіше Конституційна рада просто посилається на конституційну норму або обмежується фразою «дані положення не суперечать Конституції», мінімально роз'яснюючи і обґрунтовуючи свою позицію. Структура рішень Конституційної ради відповідає стереотипній для судових рішень схемі: вступна, описова, мотивувальна, резолютивна частини, хоча сама Конституційна рада виділяє три частини, об'єднуючи мотивувальну і резолютивну частини в одне.

¹ Боботов С.В. Конституционная юстиция. Сравнительный анализ. *Конституционная юстиция во Франции*. Москва, 1994. С. 77–92.

² Керимов А.Д. Парламентское право Франции. *Закон во Франции: от принятия до промульгирования* Москва, 1998. С. 136–145.

³ Демишель А., Демишель Ф., Пикемаль М. Конституционный совет. *Институты и власть во Франции*. Москва, 1977. С. 109–113.

⁴ Gazette Offi cial. 1983. P. 3874. 8 Combacau J. La souverainete internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel francais // *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2000. № 9. P. 18–21.

⁵ Конституционный совет. *Институты власти во Франции*. 2-е изд. Москва, 1993. С. 18–36.

⁶ Конституционный Совет Франции // *Судебные системы западных государств* / Отв. ред. В.А. Туманов. Москва, 1991. С. 188–193.

⁷ Конституция Французской республики // *Конституции государств Европы*. Москва, 2002. 134 с.

⁸ Крутоголов М.А. Конституционный Совет Франции. Организационные и правовые аспекты деятельности. Москва, 1993. См. также: Конституционный Совет и контроль над конституционностью // Ардан Ф. Франция: государственная система. М., 1994. С. 132–145.

- ⁹ Franck C. Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel. Paris, 1974. 14.
- ¹⁰ Там само. С. 8.
- ¹¹ Маклаков В.В. Конституционный контроль в V французской республике // Правоведение. Ленинград, 1981. № 4. С. 50–57.
- ¹² Маклаков В.В. Конституционный контроль в странах-членах Европейского Союза. Москва, 1995. С. 58–64.
- ¹³ Canivet G. Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit, propos introductifs // Les Cahiers du Conseil constitutionnel. 2003–2004. № 16. P. 89–92.
- ¹⁴ Пилипенко А.Н. Роль Конституционного Совета Франции в ограничении прав и свобод личности // Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды. Москва, 1986. Вып. 35. С. 176–185.
- ¹⁵ Там само. С. 12.
- ¹⁶ Серебренников В.П. Конституционное право Франции. Минск. 1976; Керимов А.Д. Конституционный совет Франции // Проблемы буржуазной государственности и политико-правовая идеология. Москва, 1990. С. 83–94.
- ¹⁷ Там само. С. 11.
- ¹⁸ Там само. С. 8.
- ¹⁹ Шампель-Дэпла В. Проблема юридической силы и применения решений Конституционного совета Франции // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах. Москва, 1999. С. 185–197.
- ²⁰ Там само. С. 19.
- ²¹ Bihan Goesel-Le V. Le controle de proportionnalite exerce par le Conseil constitutionnel // Les Cahiers du Conseil constitutionnel. 2006–2007. № 22. P. 56–61.
- ²² Там само. С. 14.
- ²³ Там само. С. 11.
- ²⁴ Favoreu L. Le Conseil constitutionnel regulateur de l'activite normative des pouvoirs publics // Revue du droit public et de la science politique. 1967. № 1. P. 67–69.
- ²⁵ Favoreu L., Philip L. La jurisprudence du Conseil constitutionnel // Revue du droit public et de la science politique. 1975. № 1. P. 145–148.

Резюме

Ірклієнко А.І. Конституційно-правовий статус Конституційної ради Франції.

Конституційна рада Франції – орган конституційного контролю, заснований Конституцією 1958 р. Конституційна рада не є єдиним органом, що здійснює контроль конституційності. Своєрідність конституційного контролю у Франції полягає в тому, що він має подвійну природу і виходить за рамки відомих моделей конституційного контролю. Конституційність актів, які виходять від Парламенту, розглядається Конституційною радою, а від органів виконавчої влади – Державною Радою.

Незважаючи на те, що Конституційна рада не іменована судом, її рішення є, по суті, судовими актами і, подібно рішенням Конституційного Суду України, наділені властивістю обов'язковості. Вони обов'язкові для всіх адміністративних і судових органів і не підлягають перегляду (абз. 3 ст. 62 Конституції Франції). Однак слід враховувати, що крім обов'язкових рішень, Конституційна рада «висловлює думки», які мають консультативний характер.

Найчастіше Конституційна рада просто посилається на конституційну норму або обмежується фразою «дані положення не суперечать Конституції», мінімально роз'яснюючи і обґрунтовуючи свою позицію.

Ключові слова: Конституційна Рада, Франція, конституційний статус, правовий статус.

Резюме

Ірклієнко А.І. Конституционно-правовой статус Конституционного совета Франции.

Конституционный совет Франции – орган конституционного контроля, основанный Конституцией 1958 Конституционный совет не является единственным органом, осуществляющим контроль конституционности. Свообразие конституционного контроля во Франции заключается в том, что он имеет двойную природу и выходит за рамки известных моделей конституционного контроля. Конституционности актов, исходящих от парламента, рассматривается Конституционным советом, а от органов исполнительной власти – Государственным Советом.

Несмотря на то, что Конституционный совет не именуемая судом, ее решение является, по сути, судебными актами и, подобно решениям Конституционного Суда Украины, наделены свойством обязательности. Они обязательны для всех административных и судебных органов и не подлежат пересмотру (абз. 3 ст. 62 Конституции Франции). Однако следует учитывать, что кроме обязательных решений, Конституционный совет «выражает мысли», которые имеют консультативный характер.

Чаще всего Конституционный совет просто ссылается на конституционную норму или ограничивается фразой «данные положения не противоречат Конституции», минимально разъясняя и обосновывая свою позицию.

Ключевые слова: Конституционный Совет, Франция, конституционный статус, правовой статус.

Summary

Andrey Irklienko. Constitutional and legal status of the Constitutional Council of France.

The Constitutional Council of France is a body of constitutional control established by the Constitution of 1958. The Constitutional Council is not the only body that carries out the control over constitutionality. The peculiarity of constitutional control in France consists in the fact that it has a dual nature and goes beyond well-known models of constitutional control. The constitutionality of acts, issued by the Parliament, is considered by the Constitutional Council, and after the executive bodies do that, it is passed on to the State Council.

Despite the fact that the Constitutional Council is not nominated by a court, its decisions, by their essence, are judicial acts and, likewise the decisions of the Constitutional Court of Ukraine, are endowed with the property of binding force. They are obligatory for all administrative and judicial bodies and are not subjected to revision (the Paragraph 3 of the Article 62 of the French Constitution). However, it should be taken into account that in addition to binding decisions, the Constitutional Council “expresses opinions” that are advisory in their nature.

In addition to carrying out constitutional control, the Constitutional Council has a number of other functions, such as political, advisory and acts as a court to assess the results of elections of deputies to the National Assembly and the Senate, and elections of the President of the Republic. Perhaps that is why the Constitutional Council classifies its decisions due to the types of its own powers. Herewith, the noted specific peculiarities are denoted by the Constitutional Council with the help of fixed letter combinations, which

are included in the numbers of decision: REF, enacted on referendum issues; ORGA, enacted on issues of the organization of the Constitutional Council, etc.

Since, despite all the diversity of functions of the Constitutional Council of France, therefore, its main purpose remains the constitutional control. Therefore, using the criterion of powers, under which decisions are made, in terms of initial graduation one should point out the decisions on issues, which are connected with providing compliance of the Constitution with regulatory acts (assuring the priority of the Constitution), and decisions passed while carrying out other powers.

Decisions of the Constitutional Council outstand with being formal and brief. A decision can take literally a few paragraphs. The most frequently, the Constitutional Council merely refers to a constitutional norm or is limited to the phrase "these provisions do not contradict the Constitution", giving guidance and justifying its position in the least.

Key words: Constitutional Council, France, constitutional status, legal status.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.24

УДК 342.2+342.7

А.А. КАЛАРАШ

*Андрій Андрійович Калараш, здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України, суддя Верховного Суду України**

ORCID: 0000-0003-4408-8289

КОНС'ЮМЕРИЗМ ТА КОМУНІТАРИЗМ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ДЕТЕРМІНОВАНOSTI ТА ВЗАЄМОДІЇ В МЕЖАХ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ

Постановка проблеми. В умовах економічної, політичної і правової глобалізації, коли сучасний світ переживає перехід до постіндустріальної стадії розвитку, проявляється безліч проблем, що обумовлені тенденціями розвитку держав в умовах посткапіталістичної формації, яка характеризується вадами техногенної цивілізації західних розвинених держав.

У пошуку їх рішень активна роль належить соціальній філософії, яка не тільки звертає пильну увагу на проблеми суспільного устрою, а й акцентує її на проблемах людини, що стали особливо актуальними в сучасних умовах існування демократичної правової державності та міжнародної спільноти держав, що пов'язані між собою міжнародним договірним правом, яке базується на колективних облігаторних зобов'язаннях.

Життя в техногенній цивілізації, що в умовах повсякденності характеризується локальним рівнем її практичної реалізації, бо саме на цьому рівні кожна людина, проживаючи в локальному соціумі, здійснює свій життєвий цикл, актуалізувало одне з обов'язкових, характерних, типових і стереотипних її (людини) вимірювань, яке могло б залишатися без уваги в історії традиційних суспільств, але в сучасний період світового розвитку в умовах глобалізації та її глобальних інтеграційних тенденції стає фактично центральним. Йдеться про фактичне споживання як природної і природженої властивості людського існування, більш широко, як однієї із невід'ємних характеристик сутності людини.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Треба наголосити на тому, що наведена сторона людської суті як її характерологічний елемент стала привертати увагу філософів і всіх вчених-гуманітаріїв тільки в період переходу від індустріального суспільства до постіндустріального, бо саме у процесі такого переходу споживча орієнтація та споживчі параметри індустріального суспільства набули не тільки нових рис, а й нових характерних якісних вад, опис яких виявився неможливим без прогнозу перспектив споживання, особливо зважаючи на необхідність врахування відповідних ресурсів та колективного способу для досягнення цього стратегічного завдання. Звідси й актуалізувалась теорія комунітаризму, яку тісно і органічно пов'язали з проблематикою захисту прав споживачів.

Отже, саме тому роботи, присвячені функціонуванню постіндустріального суспільства, звернені поряд з іншими проблемами до вивчення проблем споживання. Останнє означає, що проблеми, породжені науково-технічним і технологічним розвитком суспільства, особливо західного, набувають в тій або іншій формі значимий характер для всього людства. Ідеологія комунітаризму, на думку її провідних теоретиків, таких як М. Кастельс, М. Сендел, Р. Рорті, М. Волцер, А. Макінтайр, А. Етціоні та інших, набула відповідної актуалізації та свого динамічного розвитку, бо виникла глибока криза багатьох ідеологічних конструкцій у межах філософської та політичної думки, розроблених ще в XIX ст. На думку комунітаристів, такий тривалий період функціонування зазначених ідеологічних постулатів, які впливали на формування державного і суспільного устрою, призводить до зменшення їх «працездатності» в умовах інформаційної революції і глобалізації сучасного світу¹.

Одночасно з констатацією факту про необхідність заміни глобальних ідеологічних орієнтирів, наведені представники політичної доктрини обґрунтовують цінність феноменології колективізму з нових методологічних позицій, відкидаючи теоретичні напрацювання традиційного марксизму, який передбачає можливість

© А.А. Калараш, 2020

* *Andriy Kalarash, Postgraduate student of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine*

досягнення колективістського ідеалу виключно революційним шляхом. Отже, сучасні комунітаристи відкидають ідею радикально оновлення громадянського будівництва, оскільки вважають, що підприємницькі кола вже органічно вкорінені в реальних соціальних практиках, традиціях взаємин і культури та підкреслюють, що цим фактом не можна нехтувати, навпаки, йому необхідно приділяти набагато більше уваги в рамках кожного конкретного суспільства. Бо благо індивідів, з точки зору даного підходу, не може визначатися конкретною особистістю, воно, так само як і сама їх ідентичність та здатність до моральної дії, «пов'язане з спільнотами, до яких вони належать, і конкретними соціальними і політичними ролями, які вони виконують»². Отже, тут постає завдання виділення раціонального змісту різних теоретичних форм комунітаризму, що актуалізує подальше доктринальне супроводження і забезпечення цього важливого соціально-політичного і соціально-праксеологічного феномена.

Разом із тим необхідно зазначити, що у вітчизняній правовій науці питанням становлення і розвитку комунітаризму, особливо в контекстуалізації становлення та розвитку конс'юмеризму, його ідеології та форм прояву у соціальному бутті тощо увага фактично не приділялась. Звідси дослідження цього феномена, особливо у наведеній колаборації комунітаризму і конс'юмеризму, є не тільки вкрай науково актуальним, а й практично обґрунтованим.

Тому **метою** цієї статті є дослідження актуальних питань детермінованості та взаємодії конс'юмеризму та комунітаризму саме у контекстуалізації захисту прав споживачів, що здійснюється в рамках територіальної громади (далі – ТГ), реалізація якого обумовлюється, об'єктивується та актуалізується настановами комунітаризму.

Виклад основного матеріалу. Глобалізація, що охоплює практично всі сторони і аспекти існування та функціонування держав і народів, що їх населяють, об'єктивно потребує розробки й застосування нових ідей і форм соціальності, що можуть у майбутньому, по-перше, виступати ефективними і результативними об'єктами-суб'єктами управлінської діяльності на рівні локального соціуму, тобто там, де така управлінська діяльність здійснюється; по-друге, такими об'єктами-суб'єктами, що володіють соціально заданими інтенціями, установками, устремліннями, потребами, інтересами, телеологічними домінантами, що продукують члени локального соціуму є жителі-члени ТГ, що функціонують в умовах місцевого самоврядування (далі – МСВ); та які, по-третє, мають механізми їх вирішення й реалізації, що створені в локальному соціумі.

Зокрема, йдеться про ідеологію комунітаризму, прихильники якої своєю головною метою вважають моделювання нових форм соціальності, покликаних сприяти гармонійному розвитку людини в умовах, коли розвинені держави уособлюють ті чи інші моделі інформаційного суспільства та його модифікації.

У зазначених вище умовах процеси глобалізації трансформують споживання і споживчу орієнтацію в універсальну рису суспільного життя, що також актуалізує завдання дослідження споживання і перспектив людини-споживача в сучасній соціальній динаміці. Це детермінується тим, що глобалізаційні процеси безпосередньо зачіпають кожну людину, незалежно від того, де та живе і до якого типу суспільства належить. І це стосується не тільки сфери економіки, хоча саме ця сфера найбільш яскраво демонструє вплив глобалізації на життя людей, а й сфери культури, політики, виробництва, біологічного виживання і т. д.

По суті, глобалізація має своє відношення і свій вимір усього того, що відбувається в сучасному світі та з кожною конкретною людиною, бо через складні багаторівневі та багатофакторні горизонтально-вертикальні зв'язки аксіологічно-ідеологічного, онтологічно-економічного, праксеологічно-політичного, функціонально-управлінського, конотаційно-соціального, наративно-культурологічного, екологічного, ресурсного та іншого характеру, що мають свою об'єктивну і об'єкту основу на локальному рівні функціонування соціуму – в рамках ТГ на рівні МСВ, активно «затягують» та апріорі і пасивно включають людину в глобальні процеси, без врахування її особистісних настанов та суб'єктивних потреб. До таких глобальних процесів, що мають свій суттєвий індивідуальний рівень, належать проблеми споживання, що перетворюють кожну конкретну людину – на людину-споживача (*consommateur humain*).

Необхідно наголосити на тому, що ідеологія споживання входить до числа головних традиційних ідеологій, бо відображає екзистенційні потреби людини та її настанови упродовж усього її життєвого циклу. Виходячи з цього, термінологічна зв'язка «ідеологія споживання», що практично в результаті свого досить суттєвого поширення, а також абсолютного соціального і політичного значення трансформується в терміно-систему, повинна виступати в якості предмета не тільки соціально-філософського, а й соціально-правового і соціально-культурного аналізу, хоча і перше, і друге, і третє практично не зустрічається. Звідси й актуалізується такий різновидовий аналіз, причому з використанням системного аналізу опорних термінів, яким у наведеній терміносистемі виступає термін «ідеологія».

Отже, треба зазначити що в історичній ретроспективі існуванні і розвитку власне філософії поняття «ідеологія» існувало в кількох основоположних сенсах: 1) як вчення про закони формування ідей (Д. де Тра-сі) (нормативно-предметний підхід. – *авт.*); 2) як ідеалістична (помилкова) форма суспільної свідомості (К. Маркс і Ф. Енгельс) (психологічний підхід. – *авт.*); 3) як теоретичний рівень суспільної свідомості, що має класову природу (марксизм) (класовий підхід. – *авт.*); 4) як раціоналізація вітальних потреб, бажань, надій людей (Г. Шиллер, Л. Альтюсер) (соціально-екзистенційний підхід. – *авт.*); 5) як дискурс, що виражає волю до тотальності (С. Жижек, М. Пеше) (всезагальний (абсолютистський) підхід. – *авт.*) та ін.³. У контексті нашого дослідження нас цікавить насамперед соціально-екзистенційний підхід до розуміння феноменології ідеології, який містить раціональний підхід (осмислення) вітальних потреб (інтенцій), бажань (інтересів), надій (поведінкових настанов) людей, їх атитюдів, що насамперед народжуються в межах ТГ, де вони існують та функціонують в умовах повсякденності, здійснюючи свій життєвий цикл в рамках МСВ. Існування тут ідеології як такої не тільки ставить відповідні цілі щодо розвитку та вдосконалення життєвих форм людей у межах ТГ, а також наповнюють їх існування екзистенційним змістом та іншими змістовно-телеоло-

гічними настановами, що викликані до життя індивідуальними, природними, статевими, віковими, національними, професійними, культурними та іншими пріоритетами їх існування та розвитку.

Дослідники цього феномена виділяли дві основні його функції:

1) функцію апології (захисту) існуючого ладу і маніпуляції свідомістю мас з боку правлячого класу (К. Манхейм, Г. Плеснер, М. Хоркхаймер), тобто, йдеться про захисну функцію ідеології, яку формує, розробляє, легалізує, втілює в суспільство, легітимізує та вдосконалює правлячий клас;

2) функцію адаптації людини до суспільного середовища за допомогою формування цінностей і норм його існування (Е. Дюркгейм)³, – тут йдеться про позитивну функцію ідеології, що скерована на формування відповідної аксіології існування соціуму, через визначення його відповідних ціннісних орієнтирів та параметрів і подальшого розвитку в контексті їх застосування.

Сучасні вітчизняні та західні дослідники феномена ідеології в рамках філософії науки як такої займають різні позиції з багатьох питань теорії цього феномена. Так, на думку К. Гирца, що сповідує парадигмально-творчий підхід, ідеології «розмічають» незнайомий соціальний простір, допомагаючи людям орієнтуватися в ньому, усвідомлювати зміст своїх дій і свого існування в цілому⁴. Тобто тут визнається важлива ініціююча, ідентифікуюча, прогностична та праксеологічна ролі ідеології в суспільстві, а саме: розуміються універсальні можливості ідеології для пізнання невідомого і незвіданого, а також її релятивістсько-інструментальні можливості для формування відповідних поведінкових і діяльнісних настанов людини та форм їх реалізації, що дуже важливо в умовах повсякденності й реалізації людського життєвого циклу.

Дослідник В.С. Малицький, розуміючи ідеологію в більш функціонально-діяльнісному ключі, вважає її системою знань і цінностей, яка визначає розвиток і функціонування суспільства⁵ та переконаний, що вона організовує, регулює, спрямовує, інтегрує діяльність особистостей у всіх сферах суспільства⁵. Тобто тут йдеться про суттєве змістовно-функціональне та динамічне навантаження цього феномена, за допомогою якого здійснюється різноманітна діяльність людей на загальних засадах, що їх об'єднують. Звідси можна говорити про системно-комплексний характер ідеології, що володіє відповідними управлінсько-парадигмальними засадами, які призводять в процесі їх реалізації до відповідних соціальних результатів. На користь своєї позиції наведений автор стверджує, що в суспільстві, позбавленому ідеології, люди «губляться», не розуміють сенсу того, що відбувається, не бачать перспективи, майбутнього. Отже, йдеться не тільки про обов'язкову і іманентну наявність ідеології в суспільстві, а й про її великий прогностично-перспективний потенціал.

Розглядаючи доктринальні позиції щодо ролі і значення ідеології в суспільстві, треба враховувати важливе методологічне значення виділення двох рівнів існування ідеології: теоретичного і буденного (В.С. Малицький)⁵. Перший, теоретичний рівень, утворюють теорії ідеологів-професіоналів: філософів, соціологів, політиків. Другий, буденний, звичайний рівень формується ідеологічними знаннями і уявленнями широких мас людей та проявляється у їх діяльнісній поведінці. Причому така загальна ідеологія може бути сформована двома шляхами:

- 1) через пропагандистську діяльність професійних ідеологів;
- 2) самостійно, в процесі діалогової практики людей (М.М. Бахтін)⁵.

Наведені теоретичні положення становлять великий науковий і праксеологічний інтерес у контекстуалізації дослідження, що проводиться, бо формування індивідуальної, групової і колективної ідеології здійснюється на локальному рівні соціуму в рамках ТГ в умовах МСВ спочатку на особистісному, згодом – груповому, а потім і на колективному рівнях впливу.

У наведеному контексті становить інтерес соціально-філософський аналіз феномена ідеології, який відрізняється від соціологічного аналізу не тільки більш широким планом його дослідження в соціальній системі, а й більш яскравою демонстрацією впливу феномена ідеології на людську спільноту, торкаючись глибинних процесів її існування, функціонування й розвитку. Так, цей аналіз передбачає дослідження ідеології в двох аспектах:

1) гносеологічному – коли з'ясовується місце феноменології ідеології в системі суспільної свідомості, її предметного поля, ступінь адекватності суспільної реальності – йдеться про формування відповідних ідеологічних установок у членів людської спільноти – членів ТГ, що перетворюються на їх діялісно-ціннісні настанови в їх поведінці (пізнавальний критерій. – *авт.*);

2) онтологічному – коли феноменологія ідеології досліджується у зв'язку з усіма сферами суспільства, механізмами її формування і функціонування – тут проявляється позитивна роль ідеології як важливого елементу повсякденності, в умовах якої існують ТГ та її члени – жителі, що за використання МСВ реалізують свої різноманітні життєві устремління, що мають поліоб'єктними та різнорівневий характер, згідно з настановами, що адекватно відображають конкретну ідеологічну позицію (змістовно-сутнісний критерій. – *авт.*).

Саме наведені особливості соціально-філософського аналізу ідеології в цілому збігаються, адекватно відображають, а також наочно визначають його основні напрями щодо ідеології споживання. Такий висновок аргументується наступними положеннями:

– по-перше, необхідно визнати і констатувати, що ця ідеологія існує переважно на буденному рівні – тобто споживання, як використання продукту для задоволення потреб⁶, здійснюється в умовах повсякденності, де реалізується буття конкретної людини, а звідси можна резюмувати, що споживання є іманентною, невід'ємною і характерною рисою конкретної людини, що існує та функціонує в межах ТГ в рамках МСВ на локальному рівні соціуму (*буттєво-повсякденний критерій. – авт.*), і саме така ідентифікаційна ознака повинна застосовуватись до всіх критеріїв, що визначено нижче;

– по-друге, вона розповсюджується, використовується і застосовується переважно до асоціацій людей (груп, колективів), що феноменологія споживання як така у людському соціумі носить не стільки індивідуальний, скільки в основному колективний характер (*суб'єктно-асоціативний критерій. – авт.*);

– по-третє, вона розповсюджується, використовується і застосовується для визначення використання продукту на відповідній території, де існує та функціонує територіальна спільнота людей – ТГ (*предметно-територіальний критерій*. – авт.);

– по-четверте, вона має теоретичний вираз тільки в якості соціологічних і філософських досліджень споживання, які мають нейтральний або критичний характер, але вона не існує у вигляді певного вчення, в якому містилося б її позитивний виклад і обґрунтування (*соціально-філософський критерій*. – авт.);

– по-п'яте, ідеологія споживання здійснює свій імперативний вплив через сукупність ідей, що відбивають, з одного боку, і формують, з іншого, споживчу практику сучасного ліберально-демократичного суспільства, що отримала назву «конс'юмерізму» (М. Майлс) (*ідентифікаційно-праксеологічний критерій*. – авт.);

– по-шосте, поняттям конс'юмерізму представники доктрини об'єднують два різних поняття: «споживання» та «споживацтво»⁷, що конкурують між собою у яскраво вираженому ідеологічному розумінні і змістовно-телеологічному навантаженні. Саме у цьому розумінні, споживацтво – це особливий тип споживання, що відрізняється від інших його типів, головною особливістю якого є цільова орієнтація не стільки на задоволення природних матеріальних і духовних потреб людини, скільки на збереження її соціального статусу або придбання більш високого. Отже, споживацтво виступає як практика надмірного споживання, що характеризується тенденцією до нескінченного збільшення його обсягу (*демаркаційно-видовий критерій*. – авт.);

– по-сьоме, треба розуміти, що споживацтво обумовлено насамперед соціальною природою споживання, звідси у його соціології виявлено, що навіть в індивідуальному споживанні людина обов'язково співвідносить свої дії з діями представників певних соціальних груп (В.В. Радаєв). Більш того, вона стає «об'єктом пильної уваги і соціального контролю з боку цих груп, які таким чином регулюють і масштаб, і форми споживання тих чи інших благ»⁸ (*соціально-негативний критерій*. – авт.).

Отже, розглядаючи наведені вище критеріальні ознаки ідеології споживання, треба констатувати, що всі вони «обертаються» навколо локального соціуму, ТГ та МСВ, бо саме вони виступають природним простором, основоположною організаційною формою та соціально-нормативною інституцією, що формують, організують, легалізують, легітимізують, забезпечують, реалізують, прогнозують і вдосконалюють різні аспекти, засади і принципи споживання людиною продуктів, що є об'єктивно необхідними для її існування та стабільного функціонування і які вона споживає поряд з іншими людьми, що входять в локальний соціум.

Саме генетичне наближення феноменології споживання до реалізації в локальному соціуму детермінує його особливу роль в теорії комунітаризму. Наведений висновок детермінується наступними аргументами:

– комунітаризм виступає як філософська засада сучасної теорії колективізму⁹. Це було детерміноване особливостями саме феномена колективізму, який: по-перше, носить поліморфічний (багатоаспектний) характер (ознака різноманітності. – авт.); по-друге, лежить в основі створення, існування і функціонування будь-якого суспільства, бо кожне з них теоретично своєрідно відображає його (основоположно-статична ознака. – авт.); по-третє, ідеали колективістського улаштування суспільства протягом останніх півтора століття постійно варіюються завдяки зміні соціальних телеологічних домінант (історико-динамічна ознака. – авт.); по-четверте, таке варіювання в європейській соціальній думці є багатопредметним та багаторівневим, бо воно сягає від тверджень загальнонаціональних ідеалів класової солідарності або єдиного для всіх громадянства до ідеалів переважно локального характеру – щодо об'єднання за принципом етнічного походження, культурної ідентичності або спільного проживання за територіальною ознакою (варіабельна ознака. – авт.); по-п'яте, не зважаючи на останнє, все теорії і філософські конструкції, які відстоювали дані ідеали, визнали пріоритет суспільства як основної концептуальної ланки, що вимагає форми і визначення, в тому числі й у територіальному вимірюванні (ознака наявності імперативного концепту. – авт.); більш того, по-шосте, не зважаючи на зниження інтересу дослідників до проблем колективізму у ХХ ст., коли втрачалась сама цінність людської спільноти на фоні зростання проблеми свободи і прав кожної конкретної особистості, тобто визнання, що суспільство може досягти своїх колективних ідеалів лише в тому випадку, якщо почне підходити до власного реформування з проблем індивідуума (ознака пріоритету феноменології індивіда. – авт.); по-сьоме, об'єктивізації, актуалізації і активізації феноменології колективізму, вже на фоні проблематики індивідуума проблем ідентичності, культури, релігійної приналежності та ін. сприяли суттєві зміни в глобальній суспільній свідомості, коли ця феноменологія знову зайняла те місце, яке вона повинна займати у соціальному прогресивному розвитку, бо її вплив на індивідуума залишається і природним, і великим, і вирішальним. Отже, зважаючи на колективний характер споживання в рамках ТГ в умовах МСВ, теорія комунітаризму набуває не тільки суттєвої наукової, а й конкретної праксеологічної значущості як своєрідний індикатор формування спільноти, заснованої на усвідомлених інтересах та визначених і усвідомлених параметрах ідентичності;

– такій соціальній реабілітації та реновації колективізму сприяли наукові праці сучасних вчених-політологів, соціологів і правознавців (вже зазначались М. Сандел, М. Уолцер, А. Макінтайр, А. Етціоні), в яких обґрунтована цінність колективізму з нових методологічних позицій, а саме з позицій комунітаризму;

– в основі сутності комунітаризму лежить відповідна заміна методологічного інструментарію щодо досягнення основоположної телеологічної домінанти соціуму – досягнення колективістського ідеалу. Замість революційних змін, які пропонували марксисты, сучасні комунітаристи пропонують ідеї еволюційного і реформістського оновлення суспільства;

– в основі такого суспільного оновлення лежать тези про: а) архіважливість та іманентність наявності в локальному суспільстві діяльності підприємницьких структур, що є двигуном локального і загальнодержавного прогресу; б) наявність у підприємницьких кіл відповідних і реальних форм історико-соціальної практики, відповідних традицій взаємин і культури, що на них базуються. Саме це виступає не тільки економічною цінністю кожного суспільства, джерелом його соціального розвитку, а й екзистенційними форма-

ми людської індивідуальної, групової або колективної діяльності в умовах повсякденності та МСВ; в) те, що соціальне благо індивідів (включаючи, права споживачів), як і їх ідентичність (приналежність до відповідної ТГ) пов'язані з рольовими позиціями, які вони виконують в локальному соціумі, у межах якого вони функціонують;

– ідеологія комунітаризму підтверджується функціонуванням і розвитком ринкової економіки, коли виробництво спрямоване на випуск товарів на засадах попиту і споживання. Саме тоді споживання, його рівень конкретно людиною стає ілюстрацією успішності розвитку як економіки, так і локальної спільноти людей, де здійснюється практична економічна діяльність;

– слід враховувати й те, що хоча ідеологія споживачтва поширена в усьому світі, провідна роль у її формуванні належить економічно розвиненим державам, де завдяки досягненням науково-технічного прогресу виробництво досягло найвищої продуктивності, що обумовило перевиробництво основних споживчих благ. Більш того, виникає безкінечне коло попиту і виробництва, в якому ідеологія споживачтва забезпечує постійний і нескінченний споживчий попит, сприяючи розвитку матеріального виробництва. У таких умовах споживання виступає рушійною силою розвитку виробництва, скріплюючи членів суспільства на основі високого рівня споживання. Отже, розвиток натурального господарства та товарного виробництва трансформуються у виробництво, у кінцевому рахунку, заради споживання;

– у державах з низьким рівнем розвитку ринкової економіки, в умовах дефіциту основних матеріальних благ, обумовленого низьким рівнем розвитку матеріального виробництва, споживання матеріальних благ виступає кінцевою метою трудової діяльності індивіда і сенсом його життя. Але, водночас, зв'язки, що скріплюють членів соціуму, в таких умовах є нестійкими, алогічними і антагоністичними, бо вони існують або завдяки класовій ідеології, що нав'язується зверху пануючими класами, або завдяки загрози застосуванню сили з боку публічної влади. У таких умовах ідея комунітаризму на фоні низького рівня споживання не спрацьовує належним чином;

– разом із тим орієнтація виробництва і трудової діяльності людини тільки на споживання є історично минулою, оскільки сутність людини виражається не в споживанні, а у творчій діяльності³. Отже, поки матеріальних благ в суспільстві не вистачає, людина живе для того, щоб споживати. Але в умовах повного задоволення необхідних матеріальних потреб вона отримує можливість споживати для того, щоб жити, а останнє означає насамперед – займатися творчістю.

Висновки. Резюмуючи, з наведеного вище можна зробити декілька висновків методологічного характеру, а саме:

– територіальна людська спільнота, що функціонує в межах МСВ за рахунок свого існування на відповідній території держави, виступає природним і оптимальним соціальним простором не тільки для існування конкретної людини та її асоціацій, а й для організації процесу споживання продукту, що виробляється в результаті локальної економічної діяльності або опиняється в ТГ в результаті обміну і виступає джерелом існування такої спільноти. Звідси проблематика конс'юмеризму є природною і профільною для ТГ та МСВ;

– територіальна людська спільнота, в основі організації та існування якої лежить усвідомлення її ідентифікаційної єдності на загальних засадах історії, географії, культури, мови, релігії та ін., є ідеальним суб'єктом втілення та дії комунітаризму, що виступає за еволюційний розвиток суспільства шляхом його реформування на засадах ринкової економіки при активній участі підприємницьких структур. Саме це трансформує ТГ в могутній суб'єкт-об'єкт впливу і реалізації ідеологічних чинників вільної економічної діяльності і споживання, а простір МСВ – у простір прояву екзистенційних інтенцій, потреб, інтересів, атитюдів жителів-членів ТГ та їх реалізації в умовах ринкової економіки і формування культури споживання, у результаті чого конс'юмеризм виступає як важлива якісна ідентифікаційна ознака успішної ТГ та людинорозмірного МСВ;

– ідеологія конс'юмеризму знаходиться в генетичному взаємному зв'язку з комунітарною теорією, бо вони обидва мають єдиний суб'єкт-об'єкт свого впливу – ТГ. Більш того, вони безпосередньо впливають на її стратегічний розвиток за рахунок побудови управлінської парадигми, що скерована не стільки на орієнтацію виробництва і трудової діяльності людини на екзистенційне споживання (це завдання є історично минулим), скільки на формування і зміну габітусу людини, що повертається від споживання до творчої діяльності.

¹ Червонный В.П., Милошунас А.В. Идеология коммунитаризма: путь к новой социальности. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ideologiya-kommunitarizma-put-k-novoy-sotsialnosti>

² Кимлика У. Современная политическая философия / пер. с англ. С. Моисеева. Москва: Изд. дом. гос. ун-та Высшей школы экономики, 2010. 592 с. С. 271.

³ Иванова М.В. Идеология потребительства как феномен современного либерально-демократического общества. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ideologiya-potrebitelstva-kak-fenomen-sovremennogo-liberalno-demokraticheskogo-obschestva>

⁴ Гирц Клиффорд. Идеология как культурная система. URL: <https://magazines.gorky.media/nlo/1998/1/ideologiya-kak-kulturnaya-sistema.html>

⁵ Малицкий В.С. Идеология: сущность, структура, исторические типы: (соц.-филос. анализ): автореф. дис. ... д-ра филос. наук: 09.00.11. Ростов н/Д, 2006. 41 с. С. 10, 12–113, 22–123.

⁶ Споживання. *Вікіпедія. Вільна енциклопедія*. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF_%D0%BE%D0%B6%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F

⁷ Кузнецов В.Н. Идеология: типологический аспект. Москва: Книга и бизнес, 2005. 816 с. С. 611.

⁸ Радаев В.В. Социология потребления: основные подходы. *Социологические исследования*. 2005. № 1. С. 5–17. С. 8.

⁹ Бакланова О.А. Коммуитаризм как философское основание современной теории коллективизма. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/kommunitarizm-kak-filosofskoe-osnovanie-sovremennoy-teorii-kollektivizma>

Резюме

Калараш А.А. Конс'юмеризм та комунітаризм: актуальні питання детермінованості та взаємодії в межах територіальної громади.

У статті досліджуються актуальні питання детермінованості та взаємодії феноменів конс'юмеризму та комунітаризму в межах територіальної громади.

Доведено, що територіальна людська спільнота – територіальна громада, що функціонує в межах місцевого самоврядування за рахунок свого існування на відповідній території держави, виступає природним і оптимальним соціальним простором не тільки для існування конкретної людини та її асоціацій, а й для організації процесу споживання продукту, що виробляється в результаті локальної економічної діяльності або опиняється в територіальній громаді у результаті обміну і виступає джерелом існування такої спільноти. Звідси проблематика конс'юмеризму є природною і профільною для існування територіальної громади та функціонування місцевого самоврядування.

Ключові слова: комунітаризм, конс'юмеризм, територіальна громада, місцеве самоврядування, споживання, споживачтво, культура споживання, підприємництво.

Резюме

Калараш А.А. Консьюмеризм и коммунитаризм: актуальные вопросы детерминированности и взаимодействия в рамках территориальной громады.

В статье исследуются актуальные вопросы детерминированности и взаимодействия феноменов консьюмеризма и коммунитаризма в пределах территориальной громады.

Доказано, что территориальное человеческое сообщество – территориальная громада, функционирующая в пределах местного самоуправления за счет своего существования на соответствующей территории государства, выступает естественным и оптимальным социальным пространством не только для существования конкретного человека и его ассоциаций, но и для организации процесса потребления продукта, который производится в результате локальной экономической деятельности или оказывается в территориальной громаде в результате обмена и выступает источником существования такого сообщества. Отсюда проблематика консьюмеризма является естественной и профильной для существования территориальной громады и функционирования местного самоуправления.

Ключевые слова: коммунитаризм, консьюмеризм, территориальная громада, местное самоуправление, потребление, потребительство, культура потребления, предпринимательство.

Summary

Andriy Kalarash. Consumerism and communitarianism: current issues of determinism and interaction within the territorial community.

The article examines current issues of determinism and interaction of the phenomena of consumerism and communitarianism within the territorial community.

It is proved that a territorial human community is a territorial community that functions within local self-government due to its existence in the relevant territory of the state, acts as a natural and optimal social space not only for the existence of a particular person and his associations, but also for organizing product consumption, produced as a result of local economic activity or finds itself in the territorial community as a result of exchange, and acts as a source of existence of such a community – hence the issue of consumerism is natural and relevant to the existence of the territorial community and local government.

Territorial human community, based on the organization and existence of which is the awareness of its identifying unity on the general principles of history, geography, culture, language, religion, etc. – is an ideal subject of embodiment and action of communitarianism, advocating the evolutionary development of society through its reforming on the basis of a market economy with the active participation of business structures. This transforms the territorial community into a powerful subject-object of influence and realization of ideological factors of free economic activity and consumption, and the space of local self-government – into the space of manifestation of existential intentions, needs, interests, attitudes of community members and their realization in conditions market economy and the formation of a culture of consumption – as a result of which consumerism acts as an important qualitative identifying feature of a successful territorial community and a person of dimensional local self-government.

It is argued that the ideology of consumerism is genetically interrelated with community theory, because they both have a single subject-object of their influence – territorial community. Moreover, they directly affect the strategic development of such a community by building a management paradigm that focuses not so much on the orientation of production and human activity on existential consumption (this task is historically transient), but on the formation and change of human habit returning from consumption to creative activity.

Key words: communitarianism, consumerism, territorial community, local self-government, consumption, consumption culture, entrepreneurship.

ОРГАНІЗАЦІЙНА ТА ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВА ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЩОДО ЗДІЙСНЕННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ

Постановка проблеми. Основоположною телеологічною домінантою в діяльності органів місцевого самоврядування України (далі – ОМСВ) відповідно до конституційних настанов (див. ст. 140 Конституції України¹) виступає вирішення питань місцевого значення в інтересах територіальної громади (далі – ТГ) та її членів – жителів відповідної території держави, на якій така ТГ існує та функціонує, забезпечуючи здійснення її членами життєвого циклу. Однак найважливішою телеологією місцевого самоврядування та ОМСВ, що сформовані ТГ в результаті демократичних процедур та призначень, виступає реалізація конституційних прав, свобод і обов'язків людини і громадянина, бо саме місцеве самоврядування і ТГ виступає тим простором, де реалізується конституційно-правовий статус людини.

Це детерміноване, по-перше, *територіальним фактором*, бо саме ТГ, що функціонує на відповідній території, одночасно виступає природним територіальним простором для виникнення, формування, прояву і реалізації конкретною людиною її інтенцій, екзистенційних намагань, потреб, інтересів, формування атиюдів, які вона продукує в рамках свого життєвого циклу; по-друге, *соціальним фактором*, бо тільки ТГ виступає тим відповідним соціальним субстратом, де зазначені життєві запити людини можуть бути вирішені відповідною територіальною спільнотою; по-третє, *асоціативним фактором*, бо наведені життєві запити людини в рамках ТГ можуть бути вирішені тільки колективним шляхом. Звідси, об'єктивно зростає потреба в інформаційно-правовому супроводженні й забезпеченні людини-члена ТГ щодо своїх прав, свобод і обов'язків, що можуть забезпечити саме ОМСВ, як найближчий до людини рівень публічної влади – публічної самоврядної (муніципальної) влади², що формується населенням на локальному рівні функціонування соціуму, виражає його колективні інтереси, діє від його імені та скеровує всю свою діяльність на задоволення його потреб через вирішення питань місцевого значення, що відображають питання екзистенційного характеру стосовно стабільного і оптимального існування та функціонування ТГ.

Виходячи з того, що ОМСВ функціонують та діють у правовому просторі³, що базується, по-перше, на конституційних настановах профільного характеру, по-друге, на нормах національного законодавства в широкому його розумінні (закони і підзаконні правові акти), що регламентують різні аспекти місцевого самоврядування, правовий статус його суб'єктів та органів, компетенцію ОМСВ у різних сферах суспільного життя; по-третє, на нормах міжнародних договорів України, що становлять міжнародно-правові зобов'язання держави відносно різних аспектів становлення і розвитку локальної демократії, які після завершення конституційних імплементаційних процедур (див. ст. 9 Конституції України) легалізуються як норми національних поточних законів; по-четверте, на правових нормах локальної дії (включаючи статuti ТГ), масив яких формується представницькими і виконавчими ОМСВ; по-п'яте, на документах, що прийняті в результаті місцевих референдумів та які згідно із законодавством не потребують додаткового затвердження та підлягають безпосередньо виконанню ОМСВ, – проблематика правового супроводження і забезпечення поведінки жителів-членів ТГ та її модифікації відповідно до настанов і приписів права виступає одним із найактуальніших напрямів діяльності ОМСВ. Цей напрям реалізується ОМСВ через надання населенню безоплатної правової допомоги (далі – БПД).

Підтвердженням актуальності та важливості зазначеного напрямку діяльності ОМСВ щодо надання БПД є те, що законодавець доповнив профільний Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р.⁴ ст. 38-1. «Повноваження у сфері надання безоплатної первинної правової допомоги», по-перше, установивши власні (самоврядні) повноваження ОМСВ в профільній сфері; по-друге, визнавши таким чином появу і легалізацію не тільки відповідних повноважень, а й нового предмета відання ОМСВ у сфері надання безоплатної первинної правової допомоги (далі – БППД); по-третє, сформувавши фактично відповідну компетенцію у профільній сфері.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Необхідно наголосити на тому, що не зважаючи на актуальність та об'єктивний характер досліджуваної проблематики щодо участі ОМСВ у наданні БПД в рамках ТГ, в сучасній вітчизняній юридичній науці відсутнє комплексне і багатоаспектне дослідження правової діяльності в контексті здійснення правової допомоги в сучасному суспільстві. Однак у контексті дослідження інших правових явищ і процесів, зокрема правової системи, правового життя, правової політики, правореалізації тощо, окремі, але досить істотні аспекти правової діяльності, в тому числі і в контексті правової допомоги,

що здійснюються традиційними суб'єктами її надання (адвокатами), зачіпаються в наукових роботах вітчизняних і зарубіжних дослідників В.Б. Авер'янова, І.Л. Бачило, Н.В. Варламової, І.П. Голосніченка, В.В. Єршова, О.В. Зайчука, І.Є. Звечаровського, В.С. Кашковського, О.Л. Копиленка, В.В. Лазарева, В.В. Лапаєва, О.В. Малька, Г.В. Мальцева, С.Ю. Марочкіна, М.І. Матузова, А.Б. Міцкевича, А.В. Морозова, В.П. Нагребельного, Н.М. Оніщенко, М.П. Орзіх, В.Д. Перевалова, В.Ф. Погорілка, А.В. Полякова, П.М. Рабіновича, І.М. Рассолова, М.М. Рассолова, В.Ф. Сиренка, В.М. Сирих, О.Ф. Скакун, Ю.С. Шемшученка та ін.

Але, на жаль, у вітчизняній науці продовжує панувати підхід до дослідження правової допомоги як феномена і елемента правової дійсності, при якому головна увага дослідників акцентована не на закономірності функціонування правової системи, іманентною частиною якої й виступає правова допомога, а на описі окремих її компонентів. Крім того, системне дослідження надання правової (юридичної) допомоги населенню ОМСВ, як нетрадиційними суб'єктами надання такої допомоги, причому в рамках ТГ в Україні практично не досліджувалось ані на монографічному рівні (за винятком робіт М.О. Баймуратова, О.О. Кравця, Ю.Т. Шрамко⁵), ані на рівні наукової проблематики, за винятком деяких статей, що присвячені діяльності юридичних служб ОМСВ – така модель правової (юридичної) допомоги є новою, це актуалізує її науковий аналіз, причому не тільки в суто нормативному розумінні, а і в розумінні організаційної діяльності та організаційно-правового супроводження і забезпечення такої соціальної феноменології.

Тому метою даної статті виступає дослідження організаційної та організаційно-правової діяльності ОМСВ щодо надання БППД членам ТГ.

Виклад основного матеріалу. У ч. 1 ст. 7 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р.⁶ закріплюється поняття БППД, яке тлумачить її як вид державної гарантії, що полягає в інформуванні особи про її права і свободи, порядок їх реалізації, відновлення у випадку їх порушення та порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Системний аналіз наведеної дефініції свідчить, по-перше, про те, що кожна зі складових БППД містить у собі суттєвий діяльнісно-функціональний потенціал; по-друге, можна констатувати, що для реалізації такого потенціалу, що витікає із тлумачення БППД як державної гарантії, повинні бути задіяні відповідні організаційні та організаційно-правові «зусилля» уповноважених органів та їх відповідні ресурсні можливості (організаційні, нормативні, матеріальні, фінансові, кадрові тощо); по-третє, одним із таких органів, що є уповноваженими державою на надання БППД, виступають ОМСВ, що мають солідний досвід організаційної та організаційно-правової діяльності в процесі підготовки, організації та реалізації своїх компетенційних повноважень всередині ТГ та за її межами у відносинах з суб'єктами, що входять до системи місцевого самоврядування, або знаходяться поза її межами; по-четверте, враховуючи, що надання БППД населенню – членам ТГ входить в коло повноважень ОМСВ, здійснення відповідної організаційної та організаційно-правової діяльності з метою реалізації таких повноважень, згідно з настановами теорії управління, є не тільки обов'язковим, а й об'єктивно необхідним, бо в іншому випадку не можна буде побудувати не тільки управлінські зв'язки, а й передбачити від їх реалізації належний соціальний ефект.

Отже, вважаємо, що надання ОМСВ України компетенційних повноважень щодо організації надання БППД, в контексті дослідження, що проводиться:

– по-перше, означає не тільки реальне розширення компетенційної бази діяльності ОМСВ в контекстуалізації її нормативного супроводження і забезпечення, а й появу нової сфери організаційної та організаційно-правової діяльності ОМСВ, що потребує свого визначення, формування, відповідної нормативізації і нормування, а також відповідного ресурсного забезпечення;

– по-друге, надання ОМСВ можливості щодо надання БППД є не тільки свідоцтвом розширення і вдосконалення правового статусу самого інституту місцевого самоврядування, ОМСВ, як носія відповідних управлінських зобов'язань щодо ТГ, а й правового статусу самої ТГ, як колективного суб'єкта права та основного носія прав МСВ, у контекстуалізації визнання та легалізації права жителів-членів ТГ на БППД;

– по-третє, це свідчить не тільки про продовження кропіткого процесу будівництва в межах ТГ локальної системи захисту прав і свобод людини і громадянина, а й про розширення такого підходу через забезпечення інформаційно-правових засад його легалізації, легітимації, організаційного і організаційно-правового забезпечення;

– по-четверте, надання ОМСВ можливості щодо надання БППД транспонує «муніципальні права людини» (особистості, члена ТГ) з теоретичної конструкції в праксеологічний та функціонально визначальний конструкт, який не тільки отримує відповідну нормативну базу і відповідний правовий захист, враховуючи розширення та регламентацію прав членів ТГ на надання такої профільної допомоги у безоплатному вигляді, а й отримує додаткове гарантування в становленні системного комплексу специфічних організаційних дій та організаційно-правової діяльності ОМСВ, включаючи і підготовку відповідних нормативно-правових актів правозастосовного характеру і локальної дії;

– по-п'яте, ОМСВ, отримавши право на надання БППД, надають її жителям-членам ТГ не тільки фактично конституційну державну гарантію, що передбачена ст. 59 Конституції України щодо загального інформування особи про її права і свободи, порядок їх реалізації, відновлення у випадку їх порушення та порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів публічної влади та їх посадових і службових осіб, а й вибудовують локальну систему надання БППД в рамках кожної конкретної ТГ, яка заснована на об'єктивізації здійснення відповідних організаційної діяльності та організаційно-правового супроводження і забезпечення такої діяльності;

– по-шосте, системний аналіз положень Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р. свідчить про те, що надання ОМСВ права надання БППД, на жаль, веде до виникнення низки коли-

зійних відносин, що виникають між ОМСВ та іншими суб'єктами надання БППД, передбаченими ст. 9 цього Закону, а саме між ОМСВ та органами виконавчої влади; фізичними та юридичними особами приватного права; спеціалізованими установами; центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Це відбувається завдяки тому, що всі наведені суб'єкти надання БППД:

а) фактично обслуговують одне і те ж коло фізичних осіб – жителів-членів відповідних ТГ;
б) надають таким фізичним особам – суб'єктам права на безоплатну первинну правову допомогу, до яких належать усі особи, які перебувають під юрисдикцією України (ст. 8 цього Закону), а це враховуючи локальний характер надання БППД є насамперед жителі-члени ТГ, однаковий перелік послуг в профільній сфері;

в) у результаті наявності серед наведених суб'єктів надання БППД суб'єктів різної субординаційної підпорядкованості або таких, підпорядкованість яких відсутня (фізичні та юридичні особи приватного права), виникають дублюючі або конкурентні відносини, що негативно впливають на кількісно-якісні показники БППД та її ефективність;

г) враховуючи на правовий характер БППД, вона повинна надаватись згідно із загальними настановами в організаційному, нормативному і процесуальному порядках, що може ставити суб'єктів її надання, з огляду на їх ресурсне забезпечення, у нерівні відносини в контексті організації, ресурсного забезпечення й реалізації надання БППД. Отже, виникає проблема взаємодійності та співробітництва між наведеними суб'єктами БППД, яка повинна носити колабораційний характер, враховуючи негативний вплив на надання такої допомоги у разі відсутності такої колаборації;

– по-сьоме, враховуючи той факт, що повноваження в сфері надання БППД ОМСВ належать до їх власних (самоврядних) повноважень, об'єктивується та актуалізується необхідність здійснення у цій сфері організаційної та організаційно-правової діяльності у відповідних аналогічних формах;

– по-восьме, і це є позитивом у наданні БППД, бо законодавством передбачений загальний видовий перелік правових послуг, що надаються в рамках БППД (ст. 9 Закону), що фактично дає нагоду всім суб'єктам надання БППД як здійснювати однакову організаційну, організаційно-правову діяльність, так і застосовувати їх відповідні організаційно і організаційно-правові форми, залежно від їх компетенційних можливостей. Разом із тим необхідно враховувати, що цей загальний видовий перелік правових послуг віднедавна був розширений законодавцем. Тобто крім надання правової інформації; надання консультацій і роз'яснень з правових питань; складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (крім документів процесуального характеру); надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації, передбачений новий вид послуг – надання консультацій, роз'яснень та підготовка проєктів договорів користування земельними ділянками (оренда, суборенда, земельний сервітут, емфітевзис, суперфіцій) для сільського населення – власників земельних ділянок (п. 3-1 ст. 7 Закону)⁷.

Також наведеним Законом встановлено загальний процесуальний порядок розгляду звернень про надання БППД (ст. 10 Закону), який є обов'язковим для дотримання всіма суб'єктами надання БППД, що детермінує виконання ними однакових заходів у сфері організаційної діяльності та організаційно-правового супроводження і забезпечення розгляду звернень про надання такої допомоги (наявність письмового звернення про надання БППД; визначення у зверненні виду правових послуг, якими хоче скористатися суб'єкт отримання БППД; визначення належної правосуб'єктності осіб, що подають звернення на допомогу, і у разі її відсутності – визначення кола осіб, які мають право подати звернення на допомогу від їх імені; дотримання строків щодо виконання правових послуг; закріплення письмової форми відповіді заявнику на правову консультацію; дотримання принципу безоплатності допомоги; надання допомоги заявнику у випадку неправильної адресації звернення шляхом роз'яснення і надання інформації; надання допомоги заявнику, якщо він потребує вторинної правової допомоги, роз'яснення порядку звернення за такою допомогою тощо).

Крім того, законодавством передбачено основну організаційну форму надання БППД шляхом організації особистого прийому заявника (ст. 11 Закону) із визначенням порядку його організації, часового графіку, місця проведення, забезпечення кадровим складом тощо.

Вважаємо за необхідне акцентувати увагу на великих організаційних можливостях ОМСВ відносно становлення в рамках ТГ якісної системи надання БППД. Так, ст. 12 профільного Закону передбачає надання такої допомоги через спеціалізовані установи або інші суб'єкти. Отже, йдеться про те, що ОМСВ з урахуванням потреб ТГ відповідної адміністративно-територіальної одиниці можуть утворювати в порядку, встановленому законом, спеціалізовані установи з надання БППД. При цьому необхідно враховувати, що наведені спеціалізовані установи, які утворені ОМСВ, володіють відповідним правовим статусом, а саме:

– вони є неприбутковими організаціями, користуються правами юридичної особи, мають власні бланки, печатку із своїм найменуванням;

– вони фінансуються за рахунок коштів місцевих бюджетів, інших не заборонених законодавством джерел;

– їх повноваження та порядок діяльності встановлюються Положенням про установу з надання БППД, яке затверджується на основі Типового положення про установу з надання безоплатної первинної правової допомоги⁸.

Крім створення спеціалізованих установ з надання БППД ОМСВ можуть укладати з юридичними особами приватного права, які відповідно до свого статуту мають право надавати правову допомогу, договори про надання на постійній або тимчасовій основі такої допомоги на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. При цьому порядок та критерії залучення ОМСВ таких юридичних осіб до надання БППД затверджуються Міністерством юстиції України.

Крім того, ОМСВ можуть залучати до надання БППД адвокатів або інших фахівців у відповідній галузі права. При цьому адвокат, інший фахівець у відповідній галузі права чи юридична особа приватного права,

з якими укладено договір про надання БППД, зобов'язані надавати високоякісну допомогу в обсязі та строках, визначених договором.

Вважаємо, що такий обсяг прав ОМСВ на організацію надання БППД на локальному рівні соціуму у межах ТГ через побудову фактичної та ефективної локальної системи надання такої допомоги володіє високим організаційним, праксеологічним, нормувальним, нормопроектним і методологічним потенціалом. Цей висновок обґрунтовується тим, що такий багатофакторний потенціал є не тільки достатнім та оптимальним для реалізації членами ТГ своїх конституційних прав і свобод, виконання конституційних обов'язків, – на практиці він трансформує ОМСВ у авторитетного соціально відповідального і соціально легітимного суб'єкта, який дійсно може репрезентувати, відображати, модерувати (контролювати виконання), захищати і гарантувати реалізацію прав, свобод і обов'язків жителів-членів ТГ. Крім того, аналізуючи нормативне навантаження діяльності ОМСВ в сфері надання БППД, можна стверджувати, що така діяльність реалізується ними легально, вона набуває своєї легітимності у міру її активізації та розширення, більш того – вона несе в собі технологічні настанови в контекстуалізації відповідного організаційного та організаційно-правового забезпечення надання БППД.

Системний аналіз наведених законодавчих положень свідчить, що в процесі створення локальної системи надання БППД в ТГ ОМСВ вступають у відносини з низкою суб'єктів, які мають публічно-правову і приватно-правову природу. І це, безумовно, є позитивним, враховуючи змішану правову природу самого інституту місцевого самоврядування, що органічно поєднує в собі публічно-правові та приватноправові засади. З одного боку, формуючи представницькі та виконавчі органи публічної влади на локальному рівні соціуму, а з іншого, транспонуючи територіальну сукупність людей, які проживають на відповідній території в могутній і системний приватний субстрат – ТГ, що має відповідний публічно-правовий статус, бо визнаний і легалізований державою як первинний суб'єкт місцевого самоврядування (див. ст. 140 Конституції України). Вважаємо, що наявність такої подвійної природи суб'єктів, що беруть участь у організації, створенні й реалізації діяльності щодо надання БППД на локальному рівні соціуму в межах місцевого самоврядування саме жителям-членам ТГ, забезпечує для створеної ОМСВ локальної системи правової допомоги відповідну організаційну стабільність, функціональну надійність та компетенційну оптимальність. Велика роль у формуванні і досягненні наведених характерологічно-динамічних властивостей такої системи належить організаційній та організаційно-правовій діяльності ОМСВ в профільній сфері, причому така діяльність реалізується у відповідних організаційних і організаційно-правових формах;

– по-дев'яте, зазначаючи раніше, що завдяки БППД на рівні місцевого самоврядування фактично виникає процесуальний ланцюжок, який демонструє великі організаційні та нормативно-локальні можливості ОМСВ в реалізації прав і свобод людини і громадянина⁹, ми зазначали, що наведений ланцюжок складається з таких елементів – «ТГ» – «ОМСВ» – «житель-член ТГ» – «БППД» – «правові послуги» – «інформаційно-нормативне супроводження користування правами і свободами людини і громадянина» – «забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина в ТГ» – «реалізація зазначених прав і свобод в ТГ». Вважаємо за потрібне зазначити, що наявність та належне функціонування такого ланцюжка потребує його належного організаційного і організаційно-правового супроводження і забезпечення, що ще раз актуалізує здійснення ОМСВ відповідної профільної діяльності в цій сфері;

– по-десяте, повноваження ОМСВ щодо надання БППД в межах ТГ, особливо у їх діяльнісному контексті, повністю вписується в розуміння феноменології антропоцентризму в конституційному і муніципальному праві. Оцінюючи «поведінковий елемент» у правовому становищі суб'єкта, ми нібито наближаємо його діяльність до визначення рушійних сил, які лежать в основі його поведінки та, на слухну думку А.А. Єзерова, дають можливість звернути увагу на потреби, інтереси, цілі, що й зумовлюють соціальну поведінку¹⁰. Тобто йдеться про те, що своєю поведінкою щодо надання БППД ОМСВ фактично сприяють реалізації правового становища та правового статусу людини як члена локального соціуму та члена ТГ.

Зазвичай організаційна та організаційно-правова діяльність будь-якого органу публічної влади напряму пов'язана з його компетенційними повноваженнями, бо саме з них логічно витікає, їх деталізує, конкретизує, розбиваючи їх на окремі дії уповноваженого органу (його кадрового складу, згідно з їх функціональними обов'язками), що спрямовані на реалізацію таких повноважень. Тобто можна констатувати, що управлінська діяльність ОМСВ органічно витікає з тлумачення їх повноважень у профільній сфері, в нашому випадку з повноважень по наданню БППД. Отже, згідно зі ст. 38-1 профільного Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. до відання виконавчих органів сільських, селищних, міських рад у сфері надання БППД належать такі власні (самоврядні) повноваження:

- 1) утворення в установленому порядку установ з надання БППД з урахуванням потреб ТГ;
- 2) підготовка і внесення на розгляд ради пропозицій щодо утворення установ з надання БППД, вирішення питань про чисельність працівників таких установ, про витрати на їх утримання, здійснення матеріально-технічного забезпечення їх діяльності, надання для їх функціонування необхідних приміщень;
- 3) забезпечення координації діяльності установ з надання БППД на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці;
- 4) здійснення фінансування установ з надання БППД та контролю за використанням коштів такими установами за призначенням;
- 5) розгляд письмових звернень про надання БППД та надання такої допомоги з питань, що належать до їх компетенції, відповідно до закону;
- 6) надання роз'яснень положень законодавства та консультацій щодо порядку звернення про надання БППД;
- 7) забезпечення особистого прийому осіб для надання БППД;

8) залучення на підставі договорів адвокатів, фізичних та юридичних осіб приватного права до надання БППД;

9) координація діяльності з місцевими органами виконавчої влади та територіальними органами центральних органів виконавчої влади щодо надання БППД;

10) надання документів та інших матеріалів або їх копій, необхідних у зв'язку з наданням БППД;

11) організація семінарів, конференцій з питань БППД.

Крім того, згідно з п. 2 ст. 38-1 профільного Закону виконавчі органи сільських, селищних, міських рад взаємодіють з центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги та надають їм сприяння у межах своїх повноважень.

Звідси становить праксеологічний інтерес легалізація і формалізація наведених дій організаційного і організаційно-правового характеру, що повинні реалізувати ОМСВ для підготовки, організації й реалізації повноважень з надання БППД. Така діяльність легалізується та формалізується двома шляхами:

– по-перше, на рівні нормотворчості органів виконавчої влади;

– по-друге, на рівні локальної нормотворчості.

Обидва шляхи реалізуються через розробку і прийняття відповідних документів організаційного характеру, а саме:

– на рівні нормотворчості органів виконавчої влади – Міністерством юстиції України згідно з наказом від 28 березня 2012 р. № 483/5 затверджене Типове положення про установу з надання безоплатної первинної правової допомоги [8];

– на рівні локальної нормотворчості – це формалізоване через:

а) регламенти місцевих рад – так, наприклад, згідно з п. 39-1 Регламенту Кременецької міської ради сьомого скликання від 18 листопада 2015 р. до виключної компетенції ради належить створення відповідно до закону за рахунок коштів з місцевого бюджету установ з надання БППД, призначення і звільнення керівників цих установ, залучення в установленому законом порядку фізичних чи юридичних осіб приватного права до надання БППД¹¹;

б) рішення місцевих рад – так, наприклад, Одеська міська рада прийняла рішення № 2229-VI від 24 липня 2012 р. «Про створення комунальної установи «Спеціалізована установа з надання безоплатної первинної правової допомоги у м. Одесі» (зі змінами)»¹²;

в) рішення виконавчого комітету місцевої ради – так, наприклад, рішенням виконавчого комітету Херсонської міської ради від 13 червня 2012 р. № 334 було прийнято положення Порядку організації прийому осіб, які потребують безоплатної первинної правової допомоги, у виконавчих органах міської ради¹³;

г) через розпорядження міського голови – так, наприклад, Южноукраїнським міським головою було видано розпорядженням «Про затвердження Порядку надання безоплатної первинної правової допомоги» від 26 жовтня 2011 р. № 301-р¹⁴;

г) через розпорядження голови державної адміністрації – так, наприклад, головою Миколаївської ОДА було видано розпорядження «Про організацію надання безоплатної первинної правової допомоги» від 23 вересня 2011 р. № 275-р¹⁵.

Крім того, ОМСВ приймають інші документи, що скеровані на формування в рамках ТГ локальної системи надання БППД. Так, у Львівській міській раді, починаючи з 2011 р., щорічно приймається Програма безоплатної правової допомоги населенню м. Львова. Зокрема, Ухвалою Львівської міської ради № 512 від 19 травня 2011 р. «Про затвердження Програми безоплатної правової допомоги населенню м. Львова на 2011 рік»¹⁶ передбачено її прийняття, з метою врегулювання відносин, пов'язаних з наданням безоплатної правової допомоги, а також створення умов для добровільної та ініціативної участі представників юридичної професії та студентів-правників у наданні безоплатної правової допомоги, керуючись Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні».

Івано-Франківською обласною радою 2 березня 2018 р. прийнято рішення «Про Програму правової освіти населення області на 2018–2022 роки» з метою підвищення рівня правової освіти населення, створення належних умов для набуття громадянами правових знань, а також забезпечення їх конституційного права знати свої права та обов'язки, відповідно до ст. 43 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»¹⁷. У документі прямо зазначається його практична спрямованість щодо сприяння розширенню можливостей отримання широкої правової інформації та юридичної допомоги громадянами, які цього потребують. Більш того, акцентується увага на тому, що кожен із цих напрямів має свої форми і механізми реалізації.

Системний аналіз нормативно-правових актів, що фактично легалізують та формалізують здійснення ОМСВ організаційної і організаційно-правової діяльності в сфері надання БППД, свідчить про їх широке коло, причому як щодо суб'єктів прийняття, так і кола питань, які вони регламентують і регулюють, що актуалізує питання розробки Типового положення про здійснення ОМСВ діяльності щодо організації та надання БППД в ТГ.

Висновки. Отже, резюмуючи викладене вище, можна дійти наступних висновків:

– здійснення організаційної та організаційно-правової діяльності ОМСВ щодо здійснення БППД в ТГ є об'єктивним та важливим напрямом супроводження і забезпечення реалізації конституційних і законодавчих настанов щодо надання такої допомоги;

– виконуючи свої власні (самоврядні) компетенційні повноваження щодо надання БППД, ОМСВ через практичне здійснення організаційної та організаційно-правової діяльності в профільній сфері фактично формують локальну систему надання БППД, у контекстуалізації її як важливого сегменту створення локальної системи захисту прав і свобод людини і громадянина в межах ТГ;

– обсяг компетенційних прав, що наданий ОМСВ на організацію надання БППД на локальному рівні соціуму у межах ТГ, через побудову фактичної та ефективної локальної системи надання такої допомоги

володіє високим організаційним, праксеологічним, нормувальним, нормопроєктним і методологічним потенціалом. Цей висновок обґрунтовується тим, що такий багатофакторний потенціал є не тільки достатнім та оптимальним для реалізації членами ТГ своїх конституційних прав і свобод, виконання конституційних обов'язків, на практиці він трансформує ОМСВ у авторитетного соціально відповідального і соціально легітимного суб'єкта, який дійсно може репрезентувати, відображати, модерувати (у контексті контролю за виконанням), захищати і гарантувати реалізацію прав, свобод і обов'язків жителів-членів ТГ;

– здійснення організаційної діяльності ОМСВ щодо здійснення БППД в ТГ не передбачене чинним законодавством, воно логічно витікає з розуміння і тлумачення їх компетенції в профільній сфері; здійснення організаційно-правової діяльності ОМСВ щодо здійснення БППД в ТГ регламентується чинним законодавством, а також нормативно-правовими актами і документами, що розроблені і прийняті ОМСВ в рамках локальної нормотворчості.

¹ Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Баймуратов М.О., Григор'єв В. А. Муніципальна влада: актуальні проблеми становлення й розвитку в Україні. Одеса: Вид-во АО БАХВА, 2003. 192 с.

³ Баймуратов М.О., Могілевський В.С. Правовий простір місцевого самоврядування: до визначення параметральних ознак. Муніципальна реформа в контексті євроінтеграції України: позиція влади, науковців, профспілок та громадськості: тези доповідей Третьої щорічної всеукраїнської наук.-практ. конференції (м. Київ, 6 грудня 2019 р.). Київ: ТОВ «ВІ ЕН ЕЙ ПРЕС», 2019. С. 16–25.

⁴ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.

⁵ Баймуратов М.О., Кравець О.О. Роль юридичної служби органу місцевого самоврядування в формуванні та функціонуванні правового простору локальної демократії: монографія. Харків: нац. ун-т ім. В.Н. Каразіна. Одеса: Фенікс, 2018. 326 с.; Шрамко Ю.Т. Конституційне право на правову допомогу в Україні: актуальні питання законодавчого регулювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2016. 18 с.

⁶ Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577.

⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії рейдерству: Закон України від 5 грудня 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 12. Ст. 66.

⁸ Про затвердження Типового положення про установу з надання безоплатної первинної правової допомоги: затверджено Наказом Міністерства юстиції України 28 березня 2012 р. № 483/5; зареєстровано в Міністерстві юстиції України 29 березня 2012 р. за № 474/20787. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0474-12>

⁹ Компанієць М.М. Організаційні та організаційно-правові форми діяльності органів місцевого самоврядування в організації та здійсненні безоплатної правової допомоги. *Держава і право*. 2019. № 85. С. 31–56. С. 36.

¹⁰ Єзеров А.А. Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні. Одеса: Юрид. літерат., 2008. 240 с.

¹¹ Регламент Кременецької міської ради 6 скликання від 18 листопада 2015 р. URL: https://drive.google.com/file/d/0B_Qw6WfTWj5xMUM5d2lkdWtW15QXVfem5sTUozZjhuektF/view

¹² Про створення комунальної установи «Спеціалізована установа з надання безоплатної первинної правової допомоги у м. Одесі» (зі змінами): рішення Одеської міської ради № 2229-VI від 24 липня 2012 р. URL: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/42819/>

¹³ Порядок організації прийому осіб, які потребують безоплатної первинної правової допомоги, у виконавчих органах Херсонської міської ради: рішення виконавчого комітету Херсонської міської ради від 13 червня 2012 р. № 334. URL: http://www.city.kherson.ua/act_search/2?number=&text_from=2013-06-13&date_to=&search=1

¹⁴ Про затвердження Порядку надання безоплатної первинної правової допомоги: розпорядження Южноукраїнського міського голови від 26 жовтня 2011 р. № 301-р. URL: http://yu.mk.ua/files/rozporadjena_upload/dodatok_upload_1_206_%D0%A0%D0%9E%D0%97%D0%9F%D0%9E%D0%A0%D0%AF%D0%94%D0%96%D0%95%D0%9D%D0%9D%D0%AF%20%D1%8E%D1%80%D0%B8%D0%B4%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%B0%20%D1%81%D0%BB%D1%83%D0%B6%D0%B1%D0%B0%20.doc

¹⁵ Про організацію надання безоплатної первинної правової допомоги: розпорядження голови Миколаївської ОДА від 23 вересня 2011 р. № 275-р. URL: <http://www.mk.gov.ua/ua/news/?sq96+275-%D1%80+>

¹⁶ Про затвердження Програми безоплатної правової допомоги населенню м. Львова на 2011 рік: Ухвала Львівської міської ради № 512 від 19 травня 2011 р. URL: [http://www8.city-adm.lviv.ua/inTEAM%5CUhvaly.nsf/\(SearchForWeb\)/7830D131D5956280C22578A2004C7E13?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/inTEAM%5CUhvaly.nsf/(SearchForWeb)/7830D131D5956280C22578A2004C7E13?OpenDocument)

¹⁷ Про Програму правової освіти населення області на 2018–2022 роки: Рішення Івано-Франківської обласної ради від 2 березня 2018 р. № 818-20/2018. URL: <https://orada.if.ua/decision/%D0%BF%D1%80%D0%BE-%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%BC%D1%83-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%97-%D0%BE%D1%81%D0%B2%D1%96%D1%82%D0%B8-%D0%BD%D0%B0%D1%81%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BD/>

Резюме

Компанієць М.М. Організаційна та організаційно-правова діяльність органів місцевого самоврядування щодо здійснення безоплатної правової допомоги.

У статті досліджуються теоретичні та праксеологічні питання здійснення організаційної та організаційно-правової діяльності органів місцевого самоврядування щодо здійснення безоплатної правової допомоги.

Доведено, що найважливішою телеологією місцевого самоврядування та органів місцевого самоврядування, що сформовані територіальною громадою в результаті демократичних процедур та призначень, є реалізація конституційних прав, свобод і обов'язків людини і громадянина, бо саме місцеве самоврядування і територіальна громада є тим простором, де реалізується конституційно-правовий статус людини. Отже, враховуючи досить високий потенціал їх правового «наповнення», надання безоплатної первинної правової допомоги в рамках територіальної громади та на рівні місцевого самоврядування є важливим, своєчасним і ефективним фактором місцевого розвитку.

Аргументовано, що організаційна та організаційно-правова діяльність органів місцевого самоврядування щодо здійснення правової допомоги в територіальній громаді є об'єктивним та важливим напрямом супроводження і забезпечення реалізації конституційних і законодавчих настанов щодо надання такої допомоги.

Стверджується, що здійснюючи свої власні (самоврядні) компетенційні повноваження щодо надання правової допомоги, органи місцевого самоврядування через практичне здійснення організаційної та організаційно-правової діяльності в профільній сфері фактично формують локальну систему надання такої правової допомоги, в контекстуалізації її як важливого сегменту створення локальної системи захисту прав і свобод людини і громадянина в межах територіальної громади.

Ключові слова: місцеве самоврядування, територіальна громада, правова допомога, безоплатна первинна правова допомога.

Резюме

Компанієць Н.Н. Организационная и организационно-правовая деятельность органов местного самоуправления по осуществлению бесплатной правовой помощи.

В статье исследуются теоретические и праксеологические вопросы осуществления организационной и организационно-правовой деятельности органов местного самоуправления по осуществлению бесплатной правовой помощи.

Доказано, что важнейшей телеологией местного самоуправления и органов местного самоуправления, сформированных территориальной общиной в результате демократических процедур и назначений, выступает реализация конституционных прав, свобод и обязанностей человека и гражданина, поскольку именно местное самоуправление и территориальная громада выступают тем пространством, где реализуется конституционно-правовой статус человека. Следовательно, учитывая достаточно высокий потенциал их правового «наполнения», предоставление бесплатной первичной правовой помощи в рамках территориальной громады и на уровне местного самоуправления является важным, своевременным и эффективным фактором местного развития.

Аргументировано, что осуществление организационной и организационно-правовой деятельности органами местного самоуправления по осуществлению правовой помощи в территориальной громаде является объективным и важным направлением сопровождения и обеспечения реализации конституционных и законодательных установок относительно предоставления такой помощи.

Утверждается, что осуществляя свои собственные (самоуправленческие) компетенционные полномочия по предоставлению правовой помощи, органы местного самоуправления через практическое осуществление организационной и организационно-правовой деятельности в профильной сфере фактически формируют локальную систему предоставления такой правовой помощи, в контекстуализации ее как важного сегмента создания локальной системы защиты прав и свобод человека и гражданина в пределах территориальной громады.

Ключевые слова: местное самоуправление, территориальная громада, правовая помощь, бесплатная первичная правовая помощь.

Summary

Mykola Kompaniets. Organizational and organizational and legal activities of local governments in the implementation of free legal aid.

The article examines the theoretical and praxeological issues of organizational and organizational and legal activities of local governments in the implementation of free legal aid.

It is proved that the most important teleology of local self-government and local self-government bodies formed by the territorial community as a result of democratic procedures and appointments is the realization of constitutional rights, freedoms and responsibilities of man and citizen, because local self-government and territorial community-legal status of a person, – therefore, given the rather high potential of their legal “content”, the provision of free primary legal aid within the territorial community and at the level of local self-government is an important, timely and effective factor of local development.

It is argued that the implementation of organizational and organizational and legal activities of local governments to provide legal assistance in the local community is an objective and important area of support and implementation of constitutional and legislative guidelines for such assistance.

It is argued that exercising their own (self-governing) competences to provide legal assistance, local governments through the practical implementation of organizational and organizational-legal activities in the relevant field actually form a local system of such legal assistance, in its contextualization as an important segment of local protection. human and civil rights and freedoms within the territorial community.

The author believes that the amount of competence rights granted to local governments to organize free primary legal aid at the local level of society within the territorial community – through the construction of an effective and efficient local system of such assistance, has a high organizational, praxeological, normative, normative design, and methodological potential. This conclusion is substantiated by the fact that such multifactorial potential is not only sufficient and optimal for the members of the territorial community to exercise their constitutional rights and freedoms, fulfill their constitutional duties – in practice it transforms the local self-government and authoritative socially responsible and socially legitimate entity. which can really represent, reflect, moderate (in the context of monitoring), protect and guarantee the realization of the rights, freedoms and responsibilities of residents of territorial community members.

The implementation of organizational activities of local self-government bodies for the implementation of legal aid in territorial community is not provided by current legislation, it logically follows from the understanding and interpretation of their competence in the relevant field; implementation of organizational and legal activities of local self-government bodies on the implementation of legal aid in territorial community is regulated by current legislation, as well as regulations and documents developed and adopted by local self-government bodies within the framework of local rule-making.

Key words: local self-government, territorial community, legal aid, free primary legal aid.

Ю.П. МАКСИМЕНКО

*Юрій Петрович Максименко, аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України, головний юрисконсульт Інституту розведення і генетики тварин імені М.В. Зубця Національної академії аграрних наук України**

ORCID: 0000-0001-8285-7099

СТАНОВЛЕННЯ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ В РАДЯНСЬКІ ЧАСИ

Постановка проблеми. За результатами реформи децентралізації та адміністративно-територіального устрою в Україні наразі введено нову адміністративно-територіальну одиницю – «об'єднана територіальна громада». Основою та одночасно причиною для об'єднання громад стали передусім найчисельніші органи місцевого самоврядування та одночасно найменші адміністративно-територіальні одиниці в Україні – сільські ради (сільради), успадковані Україною від радянських часів.

Історично державний та муніципальний устрій сучасної України не виник сам по собі, а був розбудований на «фундаменті» радянської доби, адже Україна як самостійна незалежна держава є правонаступницею Української Радянської Соціалістичної Республіки (УРСР), а та, в свою чергу, – Української Соціалістичної Радянської Республіки (УСРР), заснованої у 1919 р. Найменшим місцевим органом влади в радянські часи та після проголошення незалежності в Україні залишилася сільрада, яка за сто років свого існування пройшла шлях від складової частини механізму державного управління на місцях до базового рівня місцевого самоврядування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженнями теоретично-правових питань становлення та розвитку органів державної влади на місцях займалися радянські та вітчизняні вчені, зокрема: М.О. Баймуратов, В.В. Копейчиков, В.А. Сивов, В.Т. Прохоров, Р.С. Павловський, Л.П. Юзьков, О.В. Батанов, К.О. Смельяненко, Н.В. Камінська, В.М. Кампо, М.І. Корнієнко, В.В. Ладиченко, С.Г. Серьогіна, М.О. Пухтинський та ін. Водночас необхідно зазначити, що питання дослідження історико-правових аспектів становлення і організації місцевих органів управління та самоврядування є невід'ємною складовою теорії та історії держава і права, а також завжди є предметом активної наукової дискусії як перших осіб процесу державотворення, так і пересічних громадян – безпосередніх «споживачів» адміністративних послуг і учасників правових муніципальних відносин на місцях. Оскільки, як пише професор В.В. Ладиченко, процес державотворення має головну мету – формування такої держави, в якій людина визнається найвищою соціальною цінністю та функціонує ефективна співпраця між органами місцевого самоврядування та особистістю¹. На прикладі вирішення екологічних проблем суспільства науковці підкреслюють необхідність приведення діяльності органів місцевого самоврядування у відповідність до європейських стандартів державотворення^{2,3,4,5}.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб з'ясувати організаційно-правовий процес становлення та розвитку сільрад як органів управління на місцях у радянській Україні, а також еволюцію цього інституту влади до базового представницького органу місцевого самоврядування в незалежній Україні. Дослідити їх юридичний статус, структуру, основні повноваження, які виконували ці органи, та статус їхніх членів і посадових осіб.

Виклад основного матеріалу. Реформа децентралізації сьогодні є як ніколи актуальною і зачіпає інтереси всього українського суспільства. Але найбільше децентралізація стосується жителів сільських населених пунктів, де наразі існують такі рудименти радянського минулого, як сільради. Організаційно сільради не виникли з моменту проголошення незалежності України 1991 р. Сільрада, депутати ради, виконком і його члени – ця структурна організація сьогоденних органів місцевого самоврядування була заснована в Україні із приходом радянської влади. Початок становлення сільрад відбувся з моменту проголошення у 1919 р. Української Соціалістичної Радянської Республіки (УСРР), де першочерговим завданням радянської влади була розбудова системи рад на місцях, так званої нової влади, і скасуванням системи земств, міських дум, сільських старост часів Російської імперії.

Аналіз радянського законодавства засвідчив, що ранні законодавчі акти про сільські ради приймалися органами влади радянської України у формі положень з різними назвами: статuti, положення, устави. Першим таким нормативно-правовим актом було Тимчасове Положення «Про організацію місцевих органів Радянської влади та порядок управління» від 8 лютого 1919 р.⁶ Відповідно до цього положення в селах утворювались Ради Депутатів, строк повноважень яких становив три місяці. Склад ради формувався з розрахунку один депутат на кожні 100 жителів, але не менше п'яти і не більше 50 депутатів на кожне поселення. Для

поточної роботи Рада Депутатів мала обирати зі свого складу виконавчий орган – виконавчий комітет, в кількості не більше п'яти чоловік, який був відповідальним перед нею. У структурі виконавчих комітетів сільських рад утворювалась президія, до складу якої входили голова та секретар. Перші акти сільрад та їхніх виконкомів приймалися у формі постанов.

На початку свого становлення з 1919 р. по 1937 р., згідно з Конституцією 1919 р. та наступною Конституцією 1929 р., сільради мали статус рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів⁷⁻⁸. Це було пов'язано передусім з ідеологією класової боротьби, що пропагувалась тодішньою радянською владою. Втім, крім визначення місцевих органів влади та виборчих прав громадян перша радянська Конституція не містила ні терміну, на який обиралися ці місцеві органи, ні норм представництва і внутрішньої їхньої організації, ні обсягу та розмежування повноважень. Все це покладалося на Всеукраїнський центральний виконавчий комітет, який здійснював законодавчу владу між Всеукраїнськими з'їздами Рад. Як зазначав професор Р.С. Павловський: «У Радянській державі відкидається поділ влади, парламентські установи з відірваністю від мас, безправне положення муніципальних органів. Вся влада належить цілком та виключно трудящим масам, їх повноважному представництву – Радам робітничих, солдатських та селянських депутатів»⁹.

Нові положення про сільські ради радянською владою приймалися майже щороку, проводячи таким чином свого роду законодавчі експерименти з пошуку найоптимальнішої моделі організації сільрад для ефективного державного управління на місцях. 26 травня 1920 р. прийнято постійно діючий статут «Про сільські ради», який проголошував сільраду вищим органом влади в межах своєї компетенції на своїй території¹⁰. У селах з населенням більше 10000 мешканців виконавчим органом сільської ради залишався виконавчий комітет, але вже у складі трьох членів. А в сільрадах з меншим населенням – виконавчим органом виступав голова сільради одноособово. Члени виконкому і голова сільради отримували статус виборних працівників із заробітною платою на 25 % меншою від зарплати членів вищестоящего виконкому. Голова сільради був відповідальним перед радою, яка його обирала, і вищим керівництвом. Натомість положенням встановлювався штат співробітників залежно від кількості населення: від 500 до 3000 мешканців – один секретар; від 3000 до 10 000 мешканців – один секретар і один писар; від 10 000 мешканців – один секретар, два діловоди і один писар. Цим положенням також було встановлено обсяг функцій, повноважень та обов'язків сільрад, які в своїй основі залишаються актуальними і донині, зокрема: облік населення, військовозобов'язаних, збіднілих мешканців з метою надання їм допомоги, земель, надання різних посвідчень (довідок), реєстрація народження і смерті, ремонт та догляд за ґрунтовими і шосейними дорогами, мостами, громадськими будинками, утримання протипожежних машин, організація пожежогасіння, ведення статистичної звітності, нагляд за охороною праці (в т.ч. неповнолітніх, жінок), організація бібліотек, шкіл грамоти для дорослих і підлітків, поширення газет, листівок і т. п., допомога в організації інших культурно-освітніх закладів (гуртків, екскурсій, лекцій, хорів, театрів і т. д.), допомога дошкільним, шкільним і позашкільним установам в ремонті, освітленні та опаленні їхніх приміщень, благоустрій та санітарія в населених пунктах, догляд за джерелами води, влаштування громадських лазень, сприяння медичним закладам у проведенні щеплень на вакцинації населення, утримання місцевих лікарських установ (ремонт, опалення приміщень та харчування).

У подальшому приймалися положення про сільські ради 1923, 1924, 1925, 1927 та 1931 рр., які скасовували (касували) попередні положення і вносили зміни в організацію сільрад. У положенні про сільські ради 1923 р. строк скликання сільрад було збільшено від трьох місяців до одного року¹¹. Замість терміна «депутат» широко застосовувалися назви «представник», «делегат», «член сільради». Виконком скасовувалися, а їхні функції виконував голова сільради одноособово. У сільрадах з населенням більш як 10 тисяч обирався ще й заступник голови. Вперше для сільрад вводилися печатки встановленого зразка.

Згідно з положенням 1924 р. сільською радою знову мав обиратись секретар, якому відводилося безпосереднє керівництво технічним апаратом сільради¹². Секретар мав бути підпорядкований тільки голові або його заступнику, а також він міг бути обраним не з числа членів сільради. Вперше передбачалося утворення комісії: земельної, упорядкування та санітарії, культурно-освітньої, фінансово-господарчої.

На підставі положення 1925 р. знову утворювалися виконавчі органи сільської ради – президії у складі трьох осіб: голови, заступника голови і секретаря¹³. Вводилося право ведення нотаріальних дій.

Положення 1927 р. значно збільшувало адміністративно-господарські та фінансово-бюджетні повноваження сільрад⁹. Сільрадам були надані самостійні бюджети або прибутково-видаткові кошториси. Це положення значно розширило права сільрад у галузі землекористування та землеустрою, віднесло до їх компетенції розгляд спорів між трудовими землеробськими господарствами та їх членами, що раніше вирішувалися судово-земельними комісіями і судами.

19 листопада 1931 р. постановою ВУЦВК було прийнято чергове положення під назвою «Устава про сільські ради робітничих, селянських та червоноармійських депутатів УСРР»¹⁵. Відповідно до «Устави» сільради тепер мали свій бюджет і право юридичної особи. Сільрада внутрішньо-організаційно була розділена на пленум та президію. Пленум вирішував найважливіші господарсько-політичні та інші питання, що стосувалися життя сільради, керував президією, секціями, депутатськими групами, а також усіма установами, підприємствами і організаціями, підпорядкованими сільській раді. У період між засіданнями пленуму всі повноваження сільради, крім питань виключної компетенції пленуму, мала президія. Голові сільради надавалось право у виключних випадках вчиняти всі необхідні заходи від імені сільської ради, доповідаючи про вчинені дії на найближчому засіданні президії.

З прийняттям у 1937 р. наступної (третьої) радянської Конституції України змінилася не тільки назва республіки на «Українська Радянська Соціалістична Республіка», а й статус місцевих рад, які тепер проголошувалися радами депутатів трудящих – місцевими органами державної влади¹⁶. Класова боротьба змінилась на всенародну державну владу, яка констатувала «перемогу» соціалістичного ладу⁹. Конституційно

збільшувався термін повноважень місцевих рад до двох років. Формою роботи рад замість пленумів ставали сесії. Окремо утворювались виконавчі і розпорядчі органи рад, якими проголошувались обираєні ними виконавчі комітети, а виконавчим і розпорядчим органом сільрад у невеликих селищах проголошувались персонально посадові особи – голова, його заступник і секретар. Замість постанов ради та їх виконкомів тепер ухвалювали рішення і видавали розпорядження.

Лише через 20 років на основі Конституції 1937 р., 31 травня 1957 р. Президія Верховної Ради УРСР схвалила нове Положення про місцеві ради та постійні комісії місцевих рад депутатів трудящих Української РСР, яким було скасовано «Уставу» 1931 р.¹⁷. Це був останній законодавчий акт про сільські ради, прийнятий у формі положення. Сільради проголошувались органами державної влади на селі. Рішення приймалися відкритим голосуванням простою більшістю голосів і підписувались головою та секретарем. Прописувались чіткі процедури скликання сесій сільрад, обов'язкове повідомлення депутатів за п'ять днів до їх проведення. Статус юридичної особи і печатка переходив від сільради до його виконавчого комітету. Окремим розділом прописувались статус, повноваження та обов'язки депутатів, а також статус постійних комісій як органів рад, покликаних брати активну участь у підготовці пропозицій і проєктів рішень на сесії Рад, сприяти «приведенню в життя» рішень рад та їх виконавчих комітетів.

2 липня 1968 р. Верховна Рада УРСР вперше прийняла нормативно-правовий акт про сільські ради у формі закону – «Про сільську Раду депутатів трудящих Української РСР»¹⁸. Відповідно до цього Закону 1968 р. сільська рада проголошувалась органом державної влади на об'єднаній нею території, а не тільки на селі, як було до цього. Закріплювалось перебування декількох населених пунктів у складі однієї сільради, що разом становили одну адміністративно-територіальну одиницю. Право юридичної особи знову поверталось від виконавчого комітету до сільської ради, але реальна влада належала тільки виконкому, який скликав сесії, а голова та секретар виконкому підписували рішення виконкому і ради (за винятком рішення про обрання виконкому, яке підписувалось головою та секретарем сесії). Сесія вважалась повноважною за умови присутності двох третин депутатів від її складу. При виконавчому комітеті утворювалась адміністративна комісія, обрання якої належало до виключної компетенції сесії. За головою виконкому законодавчо закріплювався перелік обов'язків та статус розпорядника кредитів по сільському бюджету і розпорядника поточного рахунку сільської ради в установах державного банку та державній ощадній касі. Окремо в законі закріплювалися функціональні обов'язки секретаря виконавчого комітету, який відповідав за стан діловодства, обліку і звітності, збереження книг і документів сільської ради, ведення протоколу виконкому та підготовкою матеріалів на виконком та сесію сільської ради.

Прийнята у 1978 р. остання Конституція УРСР перетворювала всі ради, в тому числі й сільські, на ради народних депутатів – складові єдиної системи органів державної влади. Строк повноважень місцевих рад було збільшено з 2 до 2,5 років. Ради повинні були обирати комітети народного контролю, які поєднували державний контроль з громадським. У Конституції 1978 р. вводилась депутатська недоторканність, яка стосувалася народних депутатів всіх рад. В окремих главах Конституції 1978 р. прописувались статус та основні повноваження виконавчих комітетів, що ставило їх на один щабель з місцевими радами. Це була констатація дійсності на конституційному рівні, адже, як зазначав у своїх працях професор В.В. Копейчиков, який відстоював ідею Рад як єдиних повновладних представницьких органів народу, на той час склалось таке становище, за якого реальна місцева влада здійснювалась не радами, а саме їхнім виконавчо-розпорядчим штатним апаратом¹⁹.

На підставі Конституції 1978 р. 13 грудня 1979 р. Верховною Радою УРСР було затверджено в новій редакції закон про сільські ради 1968 р. під назвою «Про сільську Раду народних депутатів Української РСР»²⁰. Нова редакція в основному повторяла статті закону 1968 р. з урахуванням Конституції 1978 р. Конкретизувався склад виконавчого комітету: голова, заступник голови, секретар та 2–6 членів виконкому. Розширювались повноваження депутатів місцевих рад, за якими тепер закріплювалось не тільки право ухвалювати голосом в усіх питаннях, які розглядала Рада на сесії, право обирати і бути обраними до органів сільської Ради, а й право звертатися до будь-яких підприємств, установ і організацій не обмежених територією сільради, але пов'язаних з їхньою депутатською діяльністю. Вводилось право депутатського невідкладного призову, а також право вимагати припинення порушень законності, яке надавалось депутату сільської ради як представнику державної влади. Також для депутата передбачались такі гарантії депутатської діяльності, збережені в чинному законодавстві України донині, як право на безоплатний проїзд в громадському транспорті, звільнення від виконання виробничих або службових обов'язків із збереженням середнього заробітку за місцем постійної роботи на час проведення сесії ради і засідання виконавчого комітету, до складу якого його обрано, право не бути звільненим чи переведеним на нижче оплачувану роботу без згоди сільської ради. Згідно із законом 1979 р. без згоди сільради, а між її сесіями – без згоди виконавчого комітету, депутат не міг бути притягнутий до кримінальної відповідальності, арештований або підданий заходам адміністративного стягнення, що накладалися в судовому порядку.

Із настанням періоду перебудови в СРСР і прийняттям Верховною Радою УРСР 27 жовтня 1989 р. Закону «Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР» всі місцеві ради народних депутатів, включаючи і Верховну Раду, отримали статус складових єдиної системи представницьких органів державної влади²¹. Строк повноважень усіх рад збільшувався з 2,5 до 5 років. Голови рад, які уповноважувались скликати сесії, тепер обирались на постійній основі. Призначення і обрання службових осіб до складу виконавчих комітетів, органів народного контролю, а також керівників відділів і управлінь виконавчих комітетів тепер мали провадитися при наявності висновку відповідних постійних комісій.

До прийняття нових законів про місцеві Ради народних депутатів, які мали конкретизувати конституційні зміни 1989 р., постановою Президії Верховної Ради УРСР 5 березня 1990 р. було затверджено Примірне положення про голів і президії місцевих Рад народних депутатів Української РСР²². Згідно з таким поло-

женням голова ради обирався таємним голосуванням на альтернативній основі більшістю від складу ради депутатами на строк повноважень з можливістю бути відкликаним у будь-який час. Голова скликав і вів засідання ради, видав її внутрішнім розпорядком, підписував рішення, прийняті радою, самостійно видавав розпорядження. Саме голова сільської ради представляв на сесії ради для обрання кандидатури голови виконавчого комітету, голів постійних комісій, вносив пропозиції про утворення і склад постійних комісій та інші організаційні питання роботи місцевої ради. За представленням голови таємним або відкритим голосуванням радою зі складу депутатів обирався заступник голови, який за уповноваження голови виконував деякі його функції і заміщав голову в разі його відсутності або неможливості здійснення ним своїх обов'язків. Діяльність сільської ради та її голови обслуговувалася наявним штатом апарату виконавчого комітету.

З приводу характеристики тодішньої ситуації А.Ф. Ткачук зазначає, що постанова Президії Верховної Ради УРСР від 5 березня 1990 р. дублювала постанову Президії Верховної Ради СРСР від 20 жовтня 1989 р.²³ До весни 1990 р. на кожному рівні адміністративно-територіального поділу діяли відповідні ради та партійні комітети. Ради обирали голову виконкому (за рекомендацією парткому) і саме він був головною посадовою особою (формально) тієї чи іншої адміністративно-територіальної одиниці. Поряд з існуванням такої законної владної структури, як рада – виконком – голова виконкому, існувала паралельна структура влади партійної на чолі з відповідним першим секретарем. Саме у цій другій, партійній владній структурі концентрувалася реальна влада.

Оскільки у 1989 р. влада і авторитет комуністичної партії почали невпинно падати, тодішня КПРС в особі її Генерального секретаря М. Горбачова вирішила надати законності партійному керівництву. З'явилася ідея поєднання в одній особі першого секретаря відповідного партійного комітету і вищої посадової особи місцевої влади. Але ставати головами виконкомів партійні керівники бажання не мали, адже ця посада вимагала не просто керівництва, а напруженої роботи та певної відповідальності за стан справ. Тому з'явилася компромісна ідея про утворення в місцевих радах двох посад: голови Ради на постійній основі та голови виконкому. А щоб ще більше зменшити можливу відповідальність голів рад за реальний стан справ у місцевому господарстві, утворили щось на зразок місцевого партбюро – президію Ради. Вся ця робота проводилася під гаслом «розподілу влади», а насправді головною метою такого нововведення було узаконення влади партії через «радянську владу».

Діяльність багатьох новообраних у 1990 р. Рад ускладнювалася з причини гострої суперечності як між окремими антагоністичними групами депутатів у середині Ради, так і між Радою і відповідним партійним комітетом, якщо його секретар не став головою Ради. До цих проблем стали додаватись і суперечності між головою Ради та головою виконкому. Адже ні вказана вище постанова Президії, ні союзний Закон «Про загальні засади місцевого самоврядування і місцевого господарства в СРСР», який був дуже коротким і надто загальним, не передбачали жодних правових механізмів законного вирішення таких суперечностей. Постало питання прийняття закону, який би створив правовий простір для діяльності нових органів місцевої влади і вирішив хоча б частину суперечностей, що заважали нормальній роботі місцевих Рад²³.

Тому вже 8 грудня того ж 1990 р. Верховна Рада УРСР своєю постановою визнала такими, що втратили чинність, і Закон про сільську Раду народних депутатів у редакції 1979 р., і постанову Президії Верховної Ради УРСР від 5 березня 1990 р. про «Примірне положення про голів і президії місцевих Рад народних депутатів Української РСР» у зв'язку з введенням в дію Закону УРСР «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування»^{24,25}. Саме в цьому законі вперше були об'єднані норми про всі рівні рад (від сільських до обласних) та нормативно закріплено за місцевими радами статус державних органів місцевого самоврядування. При цьому сільрадам, селищам міського типу і містам надавався статус базового рівня місцевого самоврядування. Саме ж місцеве самоврядування могло здійснюватися в межах відповідних адміністративно-територіальних одиниць.

Відповідно до Закону 1990 р. голова ради обирався з числа депутатів і тепер поєднував в одній особі одночасно і посаду голови виконавчого комітету. При цьому вибори голови мали здійснюватись шляхом таємного або відкритого голосування зі складу депутатів ради, а організувати роботу ради голова мав разом з головами постійних комісій. За поданням голови рада зі свого складу обирала заступника голови, який допомагав керівнику в організації роботи ради, крім виконавчого комітету. Рада утворювала постійні комісії: мандатну, з питань депутатської діяльності та етики; з питань планування, бюджету і фінансів, а також при необхідності з інших питань державного, господарського і соціально-культурного будівництва. Виконавчий комітет відтепер був підпорядкованим і підвітним виключно раді, яка його обирала, а не подвійно – і раді, і вищестоящому виконкому, як це було до цього. До складу виконкому могли входити не тільки депутати, а й інші особи.

З прийняттям загального закону про місцеве самоврядування 1990 р. окремі законодавчі акти про сільські ради в Україні більше не приймались. Сільради разом з селищними, міськими, районними у містах, районними та обласними радами стали невід'ємною складовою єдиного законодавства про місцеве самоврядування України.

З проголошенням незалежності, у зв'язку з необхідністю розбудови нової моделі виконавчої вертикалі влади для управління державою, устрій місцевих рад та їхніх органів зазнав подальших змін і реформувань. При цьому базовою ланкою організації влади на місцях залишалися саме місцеві ради, в тому числі сільські, обрані за часів СРСР у 1990 р. І всі наступні реформування в місцевому самоврядуванні донині існують на базі створених у радянські часи сільських рад.

Попри поширену критику радянської системи не можна не погодитись з твердженням Н.В. Камінської про надбання радянської юридичної науки, які не втрачають донині своєї актуальності навіть в умовах зміни ідеології, адже постановка питання про співвідношення форм, проявів, аспектів публічної влади не є штуч-

ною²⁶. На нашу думку, актуальними і зараз залишаються твердження С.Г. Серьогіної про те, що становлення організаційно-правових та матеріально-фінансових основ місцевого самоврядування України, як самостійної системи публічної влади, відбулось за умов руйнації радянської системи організації влади та адміністративно-командної системи, що базувалися на основі єдиної комуністичної ідеології. Місцеве самоврядування в Україні сьогодні значною мірою формується на основі тих реалій, які склалися ще за буття СРСР²⁷.

Діючий сьогодні Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні»²⁸ в структурно-організаційному сенсі повторює здобутки радянської організації рад, до складу яких продовжують обиратися депутати, форма роботи яких складається з сесій та засідань постійних комісій, а виконавчим підзвітним раді органом залишається виконавчий комітет. І це попри багату історію української самоврядної традиції організації місцевих органів врядування часів вічової демократії Київської Русі, селянсько-хутірського самоврядування або елементів системи Магдебурзького права чи військової демократії часів Козаччини. Також не варто забувати і про ідеї впровадження система вільної спілки вільних громад початку ХХ ст. часів спроб розбудови української державності²⁹.

У сучасній Україні сільради, як адміністративно-територіальні одиниці, вже відходять у минуле, уступаючи місце об'єднаним територіальним громадам. Нові органи, що створюються в результаті децентралізації, мають інший набір компетенцій. Вони стають значно ближчими до мешканців громади та можуть на більш якісному рівні надавати відповідні послуги^{30,31,32}.

Висновки. У результаті проведеного дослідження на основі аналізу нормативних актів України часів радянської доби встановлено, що нинішні сільські ради та їх виконавчі комітети були утворені ще у 1919 р. Актуальні донині завдання та функції сільських рад (такі як: облік населення, надання довідок, реєстрація народження і смерті, нагляд за виконанням земельного законодавства, ремонт і догляд за дорогами, ведення статистичної звітності, благоустрій в населених пунктах та інші) були закріплені за сільрадами з 1920 р. Структурно-адміністративна організація діяльності сільських рад (їхній статус юридичних осіб, робота у формі сесій, виключна компетенція, прийняття актів у формі рішень, статус розпорядника коштів сільського бюджету за головою виконкому, функціональні обов'язки секретаря виконкому, статус і організація роботи постійних комісій, повноваження депутатів та ін.) конституційно проголошено з 1937 р., а законодавчо закріплено з 1968 р.

До 1937 р. сільради мали статус рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів, що пов'язано передусім з ідеологією класової боротьби, яка пропугувалась тодішньою радянською владою. Органами центральної державної влади радянської України майже щороку приймалися нові законодавчі акти про сільради, проводячи таким чином свого роду законодавчі експерименти з метою пошуку оптимальної моделі організації сільрад для ефективного державного управління на місцях. Такими законодавчими актами спершу були статuti, положення, устави, а з 1968 р. – закони.

У внутрішній організації цих органів фактична влада належала головам сільрад, які в різний час очолювали виконавчий комітет, президію або виступали в ролі одноособового виконавчого органу. У період з 1937 по 1990 рр. сільрада мала статус ради депутатів трудящих – місцевого органу державної влади. Пізніше, з 1978 р. – ради народних депутатів – складової єдиної системи органів державної влади. Але фактично рада була лише «декоративним» органом при виконавчому комітеті, який здійснював фактичне управління справами на території адміністративно-територіальної одиниці при реальній владі першого секретаря відповідного партійного комітету. І лише з 1990 р. сільрадам, разом з іншими місцевими радами України, було надано статус органів місцевого самоврядування. Голови сільрад поєднали в одній особі одночасно і посаду голови виконавчого комітету. Виконавчий комітет відтепер був підпорядкованим і підзвітним виключно раді, яка його обирала, а до складу виконкому могли входити не тільки депутати, а й інші особи. З певними видозмінами все вищенаведене залишається діючим для сільських рад в незалежній Україні і донині.

Однозначно, що радянське минуле є такою ж історичною спадщиною України, як і доба Київської Русі та Козаччини. Радянська юридична наука, праці видатних вчених-правників тієї доби є джерелом та цінним надбанням для нинішнього покоління. В умовах розбудови державної незалежності України прийняття Конституції 1996 р. та конституційного закріплення первинного і основного суб'єкта місцевого самоврядування за територіальними громадами необхідність побудови власного місцевого самоврядування (на основі врахування еволюції радянської системи рад в сучасних реаліях) з оптимальною системою стримувань і противаг між органами та посадовими особами місцевого самоврядування є стратегічним завданням як організації муніципальної влади в Україні загалом, так і суверенної ідентичності та власного історичного шляху розбудови територіальної організації місцевого самоврядування в Україні як незалежній державі. Сільради, як адміністративно-територіальні одиниці, вже відходять у минуле. Але організаційно-структурно ці елементи місцевого самоврядування в основному залишаються діяти в особі сільських рад об'єднаних територіальних громад.

¹ Ладиченко В.В. Гуманістичні основи організації державної влади / Київський національний торговельно-економічний ун-т. Київ: [б.в.], 2007. 407 с.

² Ладиченко В.В., Головка Л.О., Каплова О. Муніципалітет як регулятор поведження з побутовими відходами. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2019. № 5. С. 38–45.

³ Ladychenko V., Melnychuk O., Golovko L., Burmak O. (2020). Waste Management at the Local Level in the EU and Ukraine. *European Journal of Sustainable Development*, 2020, Volume 9 issue:1, 329–338.

⁴ Kidalov S., Vitiv V., Golovko L., Ladychenko V. (2020). Legal Regulation of Waste Management in Ukraine on the Way to European Integration. *European Journal of Sustainable Development*, 2020, Volume 9, issue: 2, 422–430.

⁵ Ladychenko Viktor, Yara Olena, Golovko Liudmyla, Serediuk Viktoriia Groundwater Management in Ukraine and the EU. *European Journal of Sustainable Development*. 2019. Volume 8, issue: 1, 31–39.

⁶ Об организации местных органов Советской власти и порядке управления (временное положение). *Собрание узаконенный и распоряжений рабоче-крестьянского правительства Украины за 1919. Народний комісаріат юстиції*. Киев: Печатня С.П. Яковлева, 1919. С. 580 С. 91–96 / Офіційний веб-сайт Цифрової бібліотеки історико-культурної спадщини Національної бібліотеки України імені В.І. Вернадського. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_ir/cgiirbis_64.exe?S21CNR=20&S21STN=1&S21REF=2&C21COM=S&I21DBN=ELIB&P21DBN=ELIB&S21ALL=%3C.%3EID%3D0000126%3C.%3E&&S21FMT=fullwebr (дата звернення: 05.06.2020).

⁷ Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки (березень 1919 р.). URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/n0001316-19?lang=ru#n91> (дата звернення: 05.06.2020).

⁸ Конституція (основний закон) Української соціалістичної радянської республіки. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001316-29> (дата звернення: 05.06.2020).

⁹ Павловский Р.С. Конституционные основы деятельности местных Советов народных депутатов. Харьков. Вища школа. Из-во при Харьк. Ун-те, 1979. С. 176. С. 33–34, 52.

¹⁰ Про сільські ради: Статут ВУЦВК від 26 травня 1920 р. *Збір законів і розпоряджень робітничо-селянського уряду України і уповноважених Р.С.Ф.Р.Р. за 1920 рік*. Ч. 1–13. Харків: Видання Народнього комісаріату юстиції, 1922. 377 с. С. 299–306. URL: https://uk.wikisource.org/wiki/Файл:Збір_законів_і_розпоряджень_робітничо-селянського_уряду_України_і_уповноважених_Р.С.Ф.Р.Р._за_1920_рік._Ч._1-13.pdf

¹¹ Положення про Сільські Ради: постанова ВУЦВК від 18 липня 1923 р. *Збірник узаконень та розпоряджень робітничо-селянського уряду України за 1923 рік*. Відділ 1. Ч. 20–46. Харків: Видання Народнього комісаріату юстиції. Літо-друкарня «Книгоспілки», 1923. 1294 с. С. 874–883. URL: https://uk.wikisource.org/wiki/Файл:Збірник_узаконень_та_розпоряджень_робітничо-селянського_уряду_України_за_1923_рік._Відділ_1._Ч._20-46.djvu

¹² Положення про сільські ради: постанова ВУЦВК від 12 жовтня 1924 р. *Збірник узаконень та розпоряджень робітничо-селянського уряду України / Народний комісаріат юстиції*. 4-е вид. Харків: Друкарня УВО ім. М. Фрунзе, 1924. 1052 с. С. 864–880. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_ir/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=ELIB&P21DBN=ELIB&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=online_book&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=FF=&S21STR=00000551%5F02 (дата звернення: 05.06.2020).

¹³ Положення про сільські ради: постанова ВУЦВК від 28 жовтня 1925 р. *Збірник узаконень та розпоряджень робітничо-селянського уряду України за 1925 рік / Народний комісаріат юстиції*. Харків: Друкарня ПУ УВО ім. М. Фрунзе, 1925. 1785 с. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_ir/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=ELIB&P21DBN=ELIB&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=online_book&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=FF=&S21STR=00000331%5F04

¹⁴ Мельник М. Становлення сільських рад у 20–30-х рр. XX ст. *Державний архів Миколаївської області*. URL: <http://mk.archives.gov.ua/pubonsite/235-pubstansil.html> (дата звернення: 05.06.2020).

¹⁵ Устава про сільські ради робітничих, селянських та червоноармійських депутатів УСРР: *Збірник законів та розпоряджень робітничо-селянського уряду України за 1931 рік*. 64 с. № 31. URL: https://uk.wikisource.org/wiki/Файл:Збірник_законів_та_розпоряджень_робітничо-селянського_уряду_України_за_1931_рік._№_31.djvu

¹⁶ Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/001_001 (дата звернення: 05.06.2020).

¹⁷ Про положення про місцеві Ради та постійні Комісії місцевих Рад депутатів трудящих Української РСР: Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень уряду Української РСР: в 7 т. Т. 4: 1957–1958 рр. / Україна. Закони – Київ : Держполітвидав УРСР, 1964. 717 с. С. 171–182.

¹⁸ Про сільську Раду депутатів трудящих Української РСР: Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки від 2 липня 1968 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1968. № 28. С. 177.

¹⁹ Копейчиков В.В. Гуманизм советской демократии. Киев: Политиздат Украины, 1989. 156 с. С. 87.

²⁰ Про внесення змін і доповнень до Закону Української РСР «Про сільську Раду депутатів трудящих Української РСР»: Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки від 13 грудня 1979 р. № 5440-IX. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1979. Додаток до № 52.

²¹ Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР: Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки від 27 жовтня 1989 р. № 8303-XI. *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. 1989. № 45. Ст. 624. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/8303-11> (дата звернення: 05.06.2020)

²² Про Примірне положення про голів і президії місцевих Рад народних депутатів Української РСР: постанова Президії Верховної Ради УРСР від 5 березня 1990 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1990 р. № 12. Ст. 193. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/8904-11/sp:max10> (дата звернення: 05.06.2020).

²³ Ткачук А.Ф. Місцеве самоврядування та децентралізація. Законодавство (навчальний модуль). Київ: ІКЦ «Легальний статус», 2016. 80 с. С. 23–24. URL: http://www.slg-coe.org.ua/wp-content/uploads/2017/08/4_Місцеве-самоврядування-та-децентралізація_НАВЧАЛЬНИЙ-МОДУЛЬ.pdf

²⁴ Про порядок введення в дію Закону Української РСР «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування»: постанова Верховної Ради УРСР від 8 грудня 1990 р. № 534-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. 1991. № 2. Ст. 6. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/534-12> (дата звернення: 05.06.2020)

²⁵ Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування: Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки від 7 грудня 1990 р. № 533-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. 1991. № 2. Ст. 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533-12/ed19901207> (дата звернення: 05.06.2020).

²⁶ Камінська Н.В. Місцеве самоврядування: теоретико-історичний і порівняльно-правовий аналіз: навч. посіб. Київ: КНТ, 2010. 232 с. С. 67.

²⁷ Серьогіна С.Г. Структурні та компетенційні проблеми організації місцевого самоврядування в Україні. *Державне будівництво та місцеве самоврядування: зб. наук. пр. Вип. 1*. Харків: Ін-т державного будівництва та місцевого самоврядування, 2001. С. 106–119. С. 106.

²⁸ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР. Дата оновлення: 14.05.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр> (дата звернення: 05.06.2020).

²⁹ Заблоцький В. Універсальні чинники самообутності системи місцевого самоврядування України. *Публічне управління: теорія та практика : збірник наукових праць Асоціації докторів наук з державного управління*. Харків: Вид-во «ДокНаукДерж Упр». 2013. Вип. 1(13). Січень. С. 41–46. URL: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/putp/2013-1> (дата звернення: 05.06.2020).

³⁰ Ладиченко В.В., Ємельяненко К.О. Особливості правового регулювання місцевого самоврядування в умовах децентралізації. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 2. С. 32–39.

³¹ Ладиченко В.В., Ємельяненко К.О. Формування виконавчих комітетів об'єднаних територіальних громад. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2018. № 5. С. 14–20.

³² Ладиченко В.В. Максименко Ю.П. Старости як посадові особи системи органів місцевого самоврядування в Україні: історико-правовий аспект. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2019. № 2. С. 8–18.

Резюме

Максименко Ю.П. Становлення органів місцевого самоврядування України в радянські часи.

У статті представлено результат історико-правового дослідження становлення та розвитку структурної організації місцевих органів управління в Україні періоду радянських часів на прикладі сільрад – базових органів місцевого управління радянської України та її найменших адміністративно-територіальних одиниць. На основі організації діяльності радянських сільрад з певними еволюційними видозмінами і сьогоденні функціонують органи місцевого самоврядування – сільські ради незалежної України. Дослідження становлення і розбудови цих органів в радянських період історії держави і права України заслуговує на пильну увагу юридичної науки, в тому числі в умовах діючої реформи децентралізації та адміністративно-територіального устрою.

Ключові слова: сільрада, система рад, місцеві органи влади, сесія, президія, виконком, організаційна структура місцевого самоврядування.

Резюме

Максименко Ю.П. Становление органов местного самоуправления Украины в советские времена.

В статье представлен результат историко-правового исследования становления и развития структурной организации местных органов управления в Украине периода советских времен на примере сельсоветов – базовых органов местного управления советской Украины и ее самых административно-территориальных единиц. На основе организации деятельности советских сельсоветов с определенными эволюционными видоизменениями и сегодня функционируют органы местного самоуправления – сельские советы независимой Украины. Исследование становления и развития этих органов в советский период истории государства и права Украины заслуживает пристального внимания юридической науки, в том числе в условиях действующей реформы децентрализации и административно-территориального устройства.

Ключевые слова: сельсовет, система советов, местные органы власти, сессия, президиум, исполком, организационная структура местного самоуправления.

Summary

Yuriy Maksimenko. Formation of local self-government bodies of Ukraine in soviet times.

Today, as a result of the reform of decentralization and administrative-territorial organization, actually a new administrative-territorial unit is being established in Ukraine – a united community. But the basis and at the same time the reason for the joint of communities were first of all the most numerous local and at the same time the smallest administrative-territorial units in Ukraine – village councils, inherited by Ukraine since Soviet times.

Historically, the state and municipal system of modern Ukraine did not arise by itself, but was built on the “foundation” of the Soviet era, because Ukraine as an independent state is the successor of the Ukrainian Soviet Socialist Republic (USSR), which, in turn – the Ukrainian Socialist Soviet Republic (USSR), founded 100 years ago – in 1919. The smallest local authority in Soviet times and after the declaration of independence in Ukraine was the village council, which for a hundred years of its existence evolved from a component of the mechanism of state governance at places to the basic level of local self-government.

The article presents the result of historical and legal study of the establishment and development of the structural organization of local administrative bodies in Ukraine during the Soviet era on the example of village councils, their legal status, structure, main powers and tasks done by these bodies and the status of their members and officials. Village councils became the basic bodies of local management of Soviet Ukraine and its smallest administrative-territorial units. On the basis of the organization of the activities of Soviet village councils with certain evolutionary changes, local self-governing bodies – village councils of independent Ukraine – still function today. Investigation of formation and development of these bodies in the Soviet period of the history of the state and law of Ukraine deserves the attention of legal science, including in the current reform of decentralization and administrative-territorial organization.

Key words: village council, system of councils, local authorities, session, presidium, executive committee, organizational structure of local self-governance.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.27

УДК 343.851

Г.Г. МОЙСЕЙ

*Георгій Георгійович Мойсей, аспірант Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича**

ORCID: 0000-0002-7233-4945

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ЛЮДСЬКУ ГІДНІСТЬ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Сучасна модель реалізації та захисту основоположних прав і свобод людини є невід’ємним атрибутом для сталого розвитку соціуму. Право на гідність як визначальне право людини посідає центральне місце у системі конституційного права, однак цій фундаментальній конституційній концепції не приділялась належна увага. Актуальність дослідження зумовлюється ще й тим, що для реалізації такої

© Г.Г. Мойсей, 2020

* *Heorhii Moisei, Postgraduate student of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

правової категорії, як гідність людини, окрім фактичного закріплення в Основному Законі, необхідний ретельний аналіз практики конституційних судів у цій сфері, а також проведення порівняльного аналізу німецької доктрини гідності, що дасть нам змогу сформулювати критичні пропозиції для вдосконалення механізму реалізації права на людську гідність.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Актуальність нашого дослідження зумовлена ступенем наукової розробки. Людська гідність була предметом науки адміністративного, цивільного, кримінального права та ін. Однак точково досліджувалась в працях таких вітчизняних вчених, як О.В. Гришук в рамках філософії та теорії права, М.В. Савчин, Н.В. Стецик, С.В. Шевчук, В.І. Шишкін, Є.В. Шишкіна, О.В. Щербанюк у межах права, конституційного судочинства та порівняльного правознавства. Науковими дослідженнями за межами України займалися такі вчені, як А. Барак, П. Джилаберт, К. Ендерсон, К. Маккруден та ін. Тому сучасна наука конституційного права повинна звернути особливу увагу на розробку концепції права на людську гідність з урахування новітніх досліджень.

Формулювання мети статті. Метою цієї статті є дослідження проблем реалізації права на людську гідність в Україні на основі практики конституційних судів.

Виклад основного матеріалу. Стаття 3 Конституції України визначає гідність людини як найвищу соціальну цінність. У ст. 21 підкреслюється, що усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Стаття 28 Основного Закону гарантує кожному право на повагу до його гідності, а ст. 41 встановлює обов'язок кожного «не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей»¹. Законодавець чітко розглядає гідність як конституційне право людини і як цінність. Подвійний вимір людської гідності, її буттєва укоріненість, нерозривність від інших прав, свобод і цінностей вказує на її значущість та особливе місце в українській правовій системі. Саме тому роль Конституційного Суду України (далі – КСУ) є ключовою, оскільки відповідно до п. 2 частини першої ст. 7 Закону України «Про Конституційний Суд України»² має повноваження офіційно тлумачити положення Конституції України і законів України.

КСУ у своєму рішенні від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 (справа про смертну кару) вперше окреслив свою позицію щодо значення права на людську гідність, дійшовши висновку, «що невід'ємне право кожної людини на життя нерозривно поєднано з її правом на людську гідність. Як основні права людини вони зумовлюють можливість реалізації всіх інших прав і свобод людини і громадянина і не можуть бути ні обмежені, ні скасовані»³.

Фактично, КСУ вказує на абсолютність і фундаментальність права на людську гідність які закладені в Конституції, при цьому, керуючись виключно позитивістським підходом у своїй аргументації.

На думку С. В. Шевчука, право на людську гідність як і право на життя у більшості конституційних системах є абсолютним. Не існує жодного критерію, за яким держава може обмежити право на реалізацію цього права, адже йдеться про сутнісний зміст права на людську гідність, яке по суті є ядром інших конституційних прав і свобод людини⁴. Проте, в деяких випадках, гідність людини може стати правовою підставою для обмеження інших конституційних прав.

У зв'язку із цим цікавою є аргументація КСУ у рішенні від 22 травня 2018 р. № 5-р/2018, в якому наголошується, «що людську гідність необхідно трактувати як право, гарантоване статтею 28 Конституції України, і як конституційну цінність, яка наповнює сенсом людське буття, є фундаментом для усіх інших конституційних прав, мірилом визначення їх сутності та критерієм допустимості можливих обмежень таких прав»⁵. Такий підхід до розуміння людської гідності кардинально відрізняється від рішення про смертну кару. Окрім цього, КСУ посилається на Загальну декларацію з прав людини 1948 р., в якій закріплено, «що визнання за всіма членами людської родини природженої гідності та рівних і невідчужуваних прав становить основу свободи, справедливості та миру в світі»⁶.

Людська гідність також з'являється у більшості основних міжнародних документах, зокрема у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 р., у ст. 7 якого встановлено, що «нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або принижуючому гідність поведженню чи покаранню», також у ст. 10 зазначено, що «всі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поводження і поважання гідності, властивої людській особі»⁷. Особливу увагу приділено у ст. 5 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1984 р.⁸, також у ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Важливим за своїм значенням є Статут Організації Об'єднаних Націй, де в преамбулі закладено основну мету створення даної організації: «утвердити віру в основні права людини, у гідність і цінність людської особистості»⁹. Європейський Суд з прав людини розглядає людську гідність як основу демократичного суспільства, є однією з фундаментальних цінностей, а обов'язок держави – поважати та захищати за будь-яких умов.

Як зазначає Н.В. Стецик, важливим є питання про методи, які використовуються під час інтерпретації та застосування людської гідності конституційними судами у своїй прецедентній практиці, та яким чином конституційні суди використовують концепт гідності людини для обґрунтування розвитку прав людини, що не передбачені у текстах конституцій¹⁰.

У цьому аспекті слід звернути увагу на багаторічну практику Федерального Конституційного Суду (далі – ФКС) ФРН, який розглядає людську гідність як наддержавне право, що становить основу для конституційного правопорядку. Правові позиції ФКС мають великий вплив на розвиток доктрини права не тільки в Німеччині, а в усьому світі. Це результат ефективної практики суддів ФКС, їхніх критеріїв до тлумачення норм, понять, принципів тощо. Відома справа (про збиття пасажирського літака)¹¹ дійсно викликала дискусію серед німецьких вчених, але це демонструє глибини пізнання висхідних положень. Як пише В.І. Шишкін, ФКС у своїй практиці вказує на верховенство норми про людську гідність. Така позиція означає, що усі державні органи під час своєї діяльності зобов'язані усвідомлювати та поважати людську гідність, оскільки

це «домінуюче право»¹². Тому, на нашу думку, Конституційному Суду України необхідно звернути увагу на німецький досвід для того, щоб розпочинати по-іншому підходити до мотивації своїх рішень.

Стаття 1 Основного закону Федеральної Республіки зазначає: «гідність людини є недоторканою. Поважати і захищати її – обов'язок усіх державних органів»¹³. Німецький народ, таким чином, визнає непорушні та невідчужувані права людини як основи кожної громади, миру та справедливості у світі. Наступні основні права зобов'язують законодавчу, виконавчу та судову владу як прямо застосовувати дане право.

Гідність людини позначає межу між «добрим» та «поганим». Тож ми бачимо, що важливо з'ясувати значення і функціонування цього конституційного пункту максимально точно, не тільки тому, що це важливе конституційне правило, і тому юристи зобов'язані працювати дуже обережно, але також через його моральне та політичне значення. Сенс людської гідності не може бути розкритий тільки через текстуальний підхід.

Парламентська рада (Parlamentarischer Rat) розробила Основний закон Німеччини в 1949 р., передбачивши, що ст. 1 стане «преамбулою» для розділу основних прав та для уточнення їх призначення. Людська гідність у Німеччині тлумачиться як «право на права», а ФКС характеризує людську гідність як найвищий принцип Конституції¹⁴ і також як основне право¹⁵. Однак ми маємо констатувати, що «конституційне право гідності людини не має містити юридичну гарантію, оскільки ця властивість особи є конституційною апіорі і не може бути предметом правового регулювання». Індивід як такий, незалежно від урядової організації, підпорядковується правам і обов'язкам, і саме це становить його гідність. Отже, конституційний принцип гідності людини визнає індивіда моральною людиною і постулює його оригінальне право мати права.

Отже, слід підкреслити, що немає загального та абсолютного «надбазового права», похідного зі ст. 1 німецького Основного закону.

Зазвичай людська гідність достатньо захищена спеціальним фундаментальним правом. Отже, прихильність до людської гідності слід розуміти як конституційний принцип, який нагадує про причину існування конституційної держави відповідно до верховенства права (Rechtsstaat) і це постулат оригінального права людини мати права.

ФКС періодично розглядав людську гідність як основне право. Крім того, у деяких випадках Суд визначає гідність людини як право особи, а насправді трактує його як об'єктивний принцип.

Більше того, німецький Основний закон чітко регламентує важливі справи, що стосуються захисту свободи та цілісності особи, наприклад, забороняючи смертну кару або фізичне та психічне насильство затриманих осіб¹⁶. Це вказує на те, що ці гарантії, хоча вони, безумовно, є істотними для самореалізації особи, не впливають на відношення до людської гідності.

Прикладом конституційного зобов'язання «allgemeines Persönlichkeitsrecht» щодо гідності людини є тлумачення п. 1 ст. 2 Основного закону Німеччини¹⁷. Загальноприйнято, що це основне право передусім захищає так звану загальну свободу дії «allgemeine Handlungsfreiheit», тобто свободу робити все, що не заборонено, і яка обмежена лише рівною свободою кожної іншої людини. Німецька юрисдикція пов'язувала цей основний принцип зовнішньої свободи з людською гідністю та назвала ст. 1 та п. 1 ст. 2 Основного закону «Persönlichkeitsrecht»¹⁸ (загальне право людської особистості) і пояснила, що зовнішня свобода особи базується на внутрішніх передумовах. Це основне право включає захист конфіденційності (право на приватне життя) та захищає не тільки фізичний простір чи самотність людини, а й самовизначення її як фізичної особи (включаючи інформаційну конфіденційність або право на власну фотографію тощо).

Окремо слід вказати про право на гідність ненароджених дітей, що пов'язано з правовим статусом ембріону. Чи можна його вважати людиною, яка має право на людську гідність чи ні? Федеральний конституційний суд Німеччини вирішив цю проблему шляхом застосування так званої «тези про наступність», заявляючи, що розвиток заплідненої яйцеклітини для народженої дитини утворює процес, який забороняє будь-яку градацію правового захисту¹⁹. Основний закон Німеччини не визначає конкретної дати початку правового статусу людини.

Головним чином, гідність людини виконує функцію обмеження законодавця у справах, що стосуються захисту абсолютно недоторканої сфери.

Висновки. Виходячи з вищевикладеного, гідність людини є конституційною концепцією. Всі акти держави повинні відповідати їй, це критерій дотримання країною принципу верховенства права. Гідність людини є основною метою конституційної держави. Окрім цього, розуміння права на людську гідність має велике значення для розвитку природно-правової доктрини прав людини. Проблема реалізації права на людську гідність полягає у виробленні власних підходів, а отже, й прийнятті якісних рішень Конституційним Судом України. Якісне рішення має бути логічним, послідовним, узгоджуваним та доцільним. Проаналізовано багатоаспектне розуміння та обґрунтування людської гідності з боку Федерального Конституційного Суду Німеччини. Використання практики Федерального Конституційного Суду Німеччини в національному конституційному судочинстві є наслідком глобалізаційного підходу конституційного тлумачення.

¹ Конституція України № 254к/96-VR від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr> (дата звернення: 16.05.2020).

² Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136–VIII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2017. № 35. Ст. 376. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення: 16.05.2020).

³ Рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99> (дата звернення: 16.05.2020).

⁴ Шевчук С.В. Людська гідність у системі конституційних цінностей. *Право України*. 2018. № 9. С. 29–40.

⁵ Рішення Конституційного Суду України від 22 травня 2018 р. № 5-п/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18> (дата звернення: 18.05.2020).

⁶ Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 18.05.2020).

⁷ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 18.05.2020).

⁸ Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1984 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085 (дата звернення: 18.05.2020).

⁹ Статут Організації Об'єднаних Націй від 26 червня 1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010 (дата звернення: 18.05.2020).

¹⁰ Стецик Н.В. Природа гідності людини (на основі аналізу сучасних європейських конституцій та прецедентної практики конституційних судів). *Український часопис конституційного права*. 2018. № 1. С. 28–39.

¹¹ BVerfGE 115, 118 (160 f.). (дата звернення: 18.05.2020).

¹² Шишкін В.І. Абсолютність права людської гідності (позиції Федерального Конституційного Суду Федеративної Республіки Німеччина). *Право України*. 2018. № 9. С. 57–75.

¹³ Grundgesetz (hereinafter GG) (дата звернення: 20.05.2020).

¹⁴ Federal Constitutional Court, January 16, 1957 (BVerfGE 6, 32, 36) and February 15, 2006 (BVerfGE 115, 118, 152) (дата звернення: 20.05.2020).

¹⁵ Federal Constitutional Court, February 5, 2004 (BVerfGE 109, 133, 181) (дата звернення: 20.05.2020).

¹⁶ Art. 102 of German Basic Law states: “Capital punishment is abolished.” According to Article 104, §1, 2nd Sentence of German Basic Law: “Persons in custody may not be subject to mental or physical mistreatment.” (дата звернення: 20.05.2020).

¹⁷ Article 2 of the German Basic Law: (1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law. (2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law (дата звернення: 20.05.2020).

¹⁸ Federal Civil Court, May 25, 1954 (BGHZ 13, 334), April 2, 1957 (BGHZ 24, 72), Federal Constitutional Court, June 3, 1980 (BVerfGE 54, 148) (дата звернення: 21.05.2020).

¹⁹ Federal Constitutional Court, February 25, 1975 (BVerfGE 39, 1) and May 28, 1993 (BVerfGE 88, 203) (дата звернення: 21.05.2020).

Резюме

Мойсей Г.Г. Проблеми реалізації права на людську гідність в Україні.

У статті досліджуються проблеми реалізації права на людську гідність в Україні. Акцентується увага на подвійному вимірі гідності людини в Конституції України, її значенні та особливому місці в системі конституційного права. Проаналізовано правові позиції Конституційного Суду України в частині пізнання та обґрунтування людської гідності, його ключову роль для розвитку системи захисту прав людини, тенденцію на зміну підходів до інтерпретації цього поняття за останні 20 років.

Звертається увага на необхідність врахування німецького досвіду Конституційним Судом України у своїй судовій практиці. Проаналізовано низку рішень Федерального Конституційного Суду Німеччини щодо визначення людської гідності. Зроблено висновок про те, що гідність людини є основною метою конституційної держави.

Ключові слова: право на людську гідність, людська гідність, конституційна цінність, захист прав і свобод людини, правові позиції, Конституційний Суд України, Федеральний Конституційний Суд ФРН.

Резюме

Мойсей Г.Г. Проблемы реализации права на человеческое достоинство в Украине.

В статье исследуются проблемы реализации права на человеческое достоинство в Украине. Акцентируется внимание на двойном измерении достоинства человека в Конституции Украины, ее значении и особом месте в системе конституционного права. Проанализированы правовые позиции Конституционного Суда Украины в части познания и обоснования человеческого достоинства, его ключевую роль для развития системы защиты прав человека, тенденцию на изменение подходов к интерпретации этого понятия за последние 20 лет.

Обращается внимание на необходимость учета немецкого опыта Конституционным Судом Украины в своей судебной практике. Проанализированы ряд решений Федерального Конституционного Суда Германии по определению человеческого достоинства. Сделан вывод о том, что достоинство человека является основной целью конституционного государства.

Ключевые слова: право на человеческое достоинство, человеческое достоинство, конституционная ценность, защита прав и свобод человека, правовые позиции, Конституционный Суд Украины, Федеральный Конституционный Суд ФРГ.

Summary

Heorhii Moisei. Problems of enforcement of the right to human dignity in Ukraine.

The article examines the problems of enforcement of the right to human dignity in Ukraine. It is emphasized that the modern model of realization and protection of fundamental human rights and freedoms is an integral attribute for sustainable development of society, and the right to dignity as a determining human right occupies a central place in the system of constitutional law.

A special attention is drawn on the double dimension of human dignity in the Constitution of Ukraine, its significance and special place in the system of constitutional law.

The legal views of the Constitutional Court of Ukraine in terms of knowledge and substantiation of human dignity, its key role in the development of the human rights protection system, the tendency to change approaches to the interpretation of this concept over the past 20 years have been analyzed.

An attention is also focused on the inexpediency of using a positivist approach during interpretation of such a right category as human dignity.

The author takes up the position that understanding the right to human dignity is essential to the development of natural legal doctrine of human rights.

The problem of exercising the right to human dignity is to develop own approaches to understanding human dignity, and so that the adoption of quality decisions by the Constitutional Court of Ukraine.

The multidimensional understanding and grounding of human dignity has been analyzed by the Federal Constitutional Court of Germany, which considers the human dignity as a fundamental right.

It is also noted that the use of such practices is a consequence of the globalization approach to the constitutional interpretation. Primarily, the human dignity accomplishes the function of restricting the legislator in matters relating to the protection of the absolutely untouchable sphere.

A conclusion was drawn that all acts of the state must comply with it, this is a criterion for the country's compliance with the supremacy of law. Human dignity is the main objective of the constitutional state.

Key words: the right to human dignity, human dignity, constitutional value, protection of human rights and freedoms, legal positions, the Constitutional Court of Ukraine, the Federal Constitutional Court of Germany.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.28

УК 343.4

Л.П. РОЖОК

*Лідія Петрівна Рожок, аспірантка Інституту законодавства України Верховної Ради України**

ORCID: 0000-0002-9672-5318

ГЛОБАЛІЗАЦІЯ ТА СТАНДАРТИ ЗДІЙСНЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ТЛУМАЧЕННЯ

Постановка проблеми. Жодна проблема не породжує більше дискусій серед вчених конституціоналістів, ніж конституційне тлумачення. Конституційна практика містить складні справи та випадки, коли вирішити проблему ситуацію недостатньо виключно за допомогою старих аргументів. Основною тенденцією при здійсненні конституційного тлумачення в сучасних умовах є використання практики Європейського Суду з прав людини та посилання на рішення конституційних судів зарубіжних держав. Це результат глобалізації, практики сучасного конституціоналізму та діалогу між судьями конституційних судів у світі. Таке конституційне поєднання практик є не тільки інструментом для покращення судових рішень, а й для побудови «глобальної правової системи». Глобалізація конституційного закону означає, що конституціоналізм більше не є привілеєм національної держави, а світовою концепцією та стандартом. Використання міжнародного права в конституційній інтерпретації є лише одним із прикладів міграції конституційних ідей через правові системи, що також включає використання іноземних конституцій як моделей у процесі прийняття конституції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Актуальність досліджуваної тематики зумовлена ступенем наукової розробки. Серед українських вчених-конституціоналістів проблеми тлумачення конституційних норм були предметом дослідження О.В. Петришина, І.Л. Самсіна, А.О. Селіванова, І.Д. Сліденка, Ю.М. Тодики, С.В. Шевчука, О.В. Щербанюк та інших. Досить ґрунтовно питання конституційного тлумачення розроблено в американській, іспанській та німецькій науці права. В сучасних умовах глобалізації українська наука та практика повинні вивчати та застосовувати світові практики конституційного тлумачення, що зумовлює важливість нашого дослідження.

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження глобалізації конституційного закону як нового світового стандарту при здійсненні конституційного тлумачення.

Виклад основного матеріалу. Глобалізація зумовила появу глобальних моделей конституційного тлумачення.

Б.В. Мурілл виділив такі сучасні моделі конституційного тлумачення¹.

По-перше, текстуалізм – це спосіб інтерпретації, який фокусується на простому значенні тексту юридичного документа. Текстуалізм, як правило, підкреслює, якими були умови прийняття Конституції².

По-друге, оригінальний зміст. У той час, коли текстологічні підходи до конституційного тлумачення зосереджуються виключно на тексті документа, оригіналістичні підходи розглядають, як розуміється конституція принаймні певним сегментом населення на момент її прийняття. Оригіналісти вважають, що з часом текст конституції необхідно тлумачити, що є основним завданням суддів.

По-третє, судовий прецедент, який передбачає застосування судових рішень до подібних фактів.

По-четверте, прагматизм. Даний підхід передбачає зіставлення практичних наслідків одного тлумачення Конституції проти інших тлумачень.

По-п'яте, моральне обґрунтування. Відповідно до цього підходу, певні моральні концепції чи ідеали лежать в основі деяких термінів в тексті Конституції (наприклад, «рівний захист» або «належна судова процедура»).

По-шосте, національна ідентичність. Судові тлумачення можуть базуватись на концепції національної ідентичності, яка враховує цінності народу та національні конституційні традиції.

По-сьоме, структуралізм. Цей спосіб конституційного тлумачення визначається побудовою Конституції: відносинами між трьома гілками влади; відносинами між центром та регіонами; відносинами між владою та народом.

© Л.П. Рожок, 2020

* *Lidia Rozhok, Postgraduate student of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine*

По-восьме, історичний спосіб. Попередні рішення політичних гілок влади, історичні практики є важливим джерелом конституційного значення. Судди застосовують цей спосіб у випадках, пов'язаних із питаннями про поділ влади, права людини, особливо коли конституційний текст не містить чіткої відповіді.

Традиційно вважають, що коли судді вирішують справи, вони вдаються до тлумачення, яке розуміється як використання сукупності правил або прийомів, що застосовуються суддями для визначення значення слова, пункту чи норми шляхом вибору між альтернативними моделями або способами тлумаченнями.

На думку Крістофера Мак-Круддена, факторами, які переконують суддів використовувати в роботі зарубіжну практику конституційних судів, є такі: тип політичного режиму; аудиторія; існування спільних альянсів; заповнення вакууму тимчасової відсутності правової норми; сприйняття природи конституції як трансформаційної чи консервативної; теорії права та юридичного взаємозв'язку; емпіричний факт міжнародного права; судової компетенції судів зарубіжних країн; відмінності в конституційній структурі³. Але найважливішим критерієм, спільним для всіх цих факторів, є пошук переконливих засобів в інших національних системах, які б допомагали вирішити подібні конституційні проблеми через тлумачення.

На початку 1950-х рр. був створений Федеральний Конституційний Суд Німеччини, який став важливим джерелом міграції конституційних ідей для інших нових конституційних держав Східної Європи і України зокрема. Конституційне законодавство ФРН після Другої світової війни було створено під впливом американського конституціоналізму. Те саме можна сказати і про акти Німецького федерального конституційного суду: були прийняті важливі рішення на самому початку діяльності, на які вплинули рішення Верховного Суду США.

Вплив американського конституційного мислення був присутній серед різних суддів конституційного суду, таких як Герхард Лейбохлц, Конрад Гессе, Дітер Грім, Вольфганг Гофман-Рім та Брун-Отто Брайд. Існує важлива відмінність між німецьким та американським правом, що полегшує використання норм міжнародного права в Німеччині. Згідно зі ст. 25 Основного закону Німеччини (*Grundgesetz*) «загальноновизнані норми міжнародного публічного права є цілісною частиною федерального права», і вони мають пріоритет перед національним законодавством. У спірних випадках Федеральний Конституційний Суд має право тлумачити ці правила. Стаття 100 (2) вимагає, щоб будь-який суд отримував рішення від Федерального Конституційного суду, коли в ході звичайних судових процесів його судді сумніваються в тому, що загальне правило міжнародного права є частиною федерального закону чи воно безпосередньо створює права та обов'язки для фізичних осіб. У 1982 р., наприклад, Суд додав ще один критерій розгляду справ, коли обвинуваченого засуджують за його відсутності, тобто мінімальну процесуальну вимогу міжнародного публічного права. Суд зробив посилання на рішення трьох європейських країн та зауважив, що застосування таких стандартів є виправданим⁴.

У деяких інших випадках, коли Суд тлумачив процедурні гарантії, які не прописані в Основному законі – приклад, презумпція невинуватості – це право виводиться з верховенства закону. Однак, оскільки презумпція не мала текстової основи в національній конституції, Суд у своїх рішеннях цитував позиції Європейського суду з прав людини та прецедентну практику ЄСПЛ⁵. Окрім цього, Федеральним Конституційним Судом Німеччини широко використовуються позиції вчених. Так, ґрунтуючись на юридичному висновку, підготовленому Інститутом Макса-Планка з міжнародного публічного права в Гейдельберзі, визнав, що судовий розгляд і засудження не порушують загального правила міжнародного права з порушенням ст. 25⁶. Першим рішенням із посиланням на зарубіжну судову практику Федеральним Конституційним Судом Німеччини було вирішення справи щодо заборони діяльності Західнонімецької комуністичної партії. Однією з провідних справ про свободу вираження поглядів та одним із найважливіших рішень Суду є *Luth* від 1958 р.⁷, в якій Федеральний Конституційний Суд Німеччини цитує як Французьку декларацію прав людини, так і суддю Верховного суду США Кардозо англійською мовою про «матрицю неодмінної умови будь-якої іншої форми свободи».

Дискурс про перевагу американського стилю став домінуючою формою політичного дискурсу в Канаді, Новій Зеландії, Південній Африці та Ізраїлі, що супроводжувалося і підкріплювалося майже однозначним схваленням поняття конституціоналізму та аналізу судової практики науковцями. В Іспанії Конституційний суд відповідно до закону визначається «верховним тлумачем Конституції».

При цьому судді проявляють вірність конституції шляхом застосування методів пошуку конституційного значення, духу, а не критикою інституційної структури.

Дж. Рубенфельд з цього приводу зазначає: «не досліджуйте легітимність; залиште це політикам і політичним теоретикам. Все, що конституційний суддя повинен знати, – це як тлумачити закон»⁸.

У сучасній науці конституційного права існує два основних теоретичних напрями, зокрема оригіналізм та нетекстуалізм. Це теорії інтерпретації, хоча й відмінностей між ними на так багато. Мартін Редиш та Метью Б. Арноулд запропонували нову модель конституційного тлумачення – «контрольований активізм», що характеризується фундаментальним дотриманням зовнішніх контурів тексту Конституції та використанням сучасної семантики для тлумачення тексту.

Традиційно оригіналізм асоціюється з конституційною доктриною та юрисдикцією, присвяченим політичним категоріям. Однак останнім часом так звані прогресивні конституційні теоретики прагнули зафіксувати поверхневу легітимність, задуману для переробки прихильності до оригінального сенсу, розвиваючи власну форму оригіналізму.

На їх думку, Суд повинен використовувати процес конституційної «побудови», внаслідок чого він прагне встановити основні цілі відповідного конституційного положення, а потім екстраполювати його, щоб застосувати до сучасної ситуації.

Однак ні оригіналізм, ні нетекстуалізм не передбачає принципового методу конституційного тлумачення, узгодженого з контурами національної версії конституційної демократії.

Контрольована активістська модель відкрито визнає доцільність нормативного тлумачення як важливого елемента судового контролю, стриманого зовнішніми лінгвістичними межами.

Контрольований активізм намагається уникнути найбільш значного практичного недоліку оригіналістичної та нетекстуалістичної парадигм – стратегічного, визначального для маніпуляцій результату.

При цьому слід зазначити, що розрізняють два аспекти конституційної практики: конституційне тлумачення та конституційна конструкція.

Відповідно до цієї дихотомії існує два різні способи в процесі розуміння та застосування юридичного тексту. Перший – інтерпретація, коли інтерпретуємо юридичний текст, ми шукаємо його мовне значення. Другий – конструювання. Розробляючи конституційне положення, ми визначаємо юридичну силу тексту: іншими словами, конструкція дає можливість застосовувати текст.

Оригіналісти, які підтримують цю дихотомію, вважають, що досить часто існує необхідність доповнити оригінальний аналіз смислу (тлумачення) більш широким розсудом застосування інтерпретації, «оскільки Конституція містить положення, які є абстрактними та розпливчастими».

Засобом стримування сучасного судового контролю є обмеження інтерпретаційних варіантів, відкритих для сучасних суддів під час формування та ратифікації відповідного конституційного положення.

При цьому прогресивний оригіналізм узгоджується з поняттями еволюційного конституціоналізму.

Нетекстуалізм є протилежним способом в інтерпретаційному спектрі, відповідно до якого текст конституції не повинен обмежувати суддів при здійсненні повноважень в сфері судового нагляду. Теорія нетекстуалізму – це широкий спектр інтерпретаційної філософії та обґрунтування. Однак у своїй основі нетекстуалізм є або формою лінгвістичної деконструкції – те, що ми називаємо «мовний хаос», або поняття про «неписану» конституцію, засновану на фундаментальних моральних передумовах, виведених з тієї чи іншої форми природного права.

Р. Дворкін вважає, що судді повинні розробити теорію, яка дозволить їм визначати правила, принципи, політику та застосовувати їх способами, стандарти яких найкращим чином відображають юридичну практику.

Чому судді? Що робить суди форумом принципів і ідеальною ареною тлумачення права? Один із способів оцінювання цих питань полягає в дослідженні зображеного Р. Дворкіним того, що він називає мажоритарною передумовою та її відхилення через контраст із його власним поглядом, конституційною концепцією демократії (*constitutional conception of democracy* – CCD).

Мажоритарна передумова – це теза про справедливі результати політичного процесу, тобто політичні процедури повинні бути розроблені таким чином, щоб, принаймні, рішення, яке приймається з важливих питань, було рішенням, підтриманим більшістю громадян.

Відповідно до конституційної концепції демократії визначальна мета демократії є іншою: важливо, щоб колективні рішення приймалися політичними інститутами, структура, склад та практика яких стосувалися всіх членів громади як окремих людей з однаковою гідністю та повагою.

Відповідно, демократія – це влада, що підпадає під умови рівного статусу та турботи про всіх громадян, тому коли мажоритарні інституції дотримуються цих обмежень, люди мають вагомий підстави приймати та виконувати свої рішення. Однак інструментально, коли ці інституції є дефектними, або коли не виконуються демократичні умови, «в ім'я демократії» не може бути заперечень проти інших процедур, які краще захищають і поважають їх.

Протилежною позицією є нормативне обґрунтування А. Харела. Алон Харел розробив нормативний захист привілейованої ролі суду в конституційному тлумаченні. За його твердженням, «судовий контроль має на меті забезпечити особі право на звернення або право подати скаргу».

Судовий контроль є необхідним, оскільки він надає людям можливості оскаржувати рішення, які порушують (або, можливо, накладають на них) їх права, брати участь в обґрунтованому обговоренні цих рішень.

Обґрунтування судового контролю ґрунтується на процесуальних особливостях, які є істотними характеристиками судових установ та в основному обов'язку держави гарантувати особі право на судовий захист, на звернення з конституційною скаргою на правничу допомогу.

Унікальним досягненням з точки зору конституційного дизайну та способом конституційного тлумачення протягом останніх семи десятиліть є досвід Індії. Прийняття Конституції Індії 26 січня 1960 р. було амбітним політичним експериментом в соціально нерівному суспільстві. У перші роки Верховний Суд прийняв текстологічний підхід, акцентуючи увагу на простому значенні слів, що вживаються в Конституції. *А.К. Гопалан проти штату Мадрас* (1950 р.) було одним із ранніх рішень, в яких Суд був покликаний тлумачити основні права відповідно до частини III Конституції. Лідер Комуністичної партії Індії стверджував, що законодавство про запобіжні заходи тримання під вартою не відповідає ст. 19 (право на свободу), ст. 21 (право на життя) та ст. 22 (захист від свавільного арешту та тримання під вартою). Верховний Суд вирішив, що кожна з цих статей охоплює зовсім іншу тему, і їх слід читати як окремі статті, а не в сукупності.

Серед найбільш суперечливих питань конституційного закону Індії було те, чи є певні обмеження в повноваженнях парламенту вносити зміни до Конституції, особливо щодо основних прав. У свої перші роки Суд тлумачив Конституцію буквально, роблячи висновок про відсутність таких обмежень.

На другому етапі Верховний Суд почав вивчати інші методи тлумачення. Звернення до тексту Конституції Індії поступово були замінені апелюванням до структури, побудови Конституції. У справі *Кесавананда Бхараті проти штату Керала* (1973 р.) Суд дійшов висновку, що повноваження парламенту щодо внесення змін до Конституції не поширюються на зміну його «базової структури» – відкритого каталогу ознак, що лежить у межах виключного контролю Суду. Коли Парламент намагався скасувати це рішення шляхом внесення змін до Конституції ще раз, Суд, базуючись на структуралістичному обґрунтуванні, рішуче відхилив цю спробу.

У сучасних умовах з 2018 р. суд починав тлумачити Конституцію відповідно до її трансформаційного потенціалу. При цьому рішення, пов'язані з тлумаченням Конституції, ретельно (навіть якщо неправильно) аргументовані.

В Україні офіційне тлумачення Конституції України здійснює спеціально уповноважений орган державної влади – Конституційний Суд України. Виключна прерогатива Конституційного Суду України – з'ясувати дух та букву закону – закріплена саме в Конституції України. Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 150 Конституції України до повноважень Конституційного Суду України належить офіційне тлумачення Конституції України⁹. Відповідно до Закону України «Про Конституційний Суд України» у конституційному поданні щодо офіційного тлумачення Конституції України зазначаються конкретні положення Конституції України, які потребують офіційного тлумачення, та обґрунтування підстав, які спричинили потребу в тлумаченні (ч. 4 ст. 51)¹⁰.

Суддям Конституційного Суду України законодавчо довірене право здійснювати офіційне тлумачення конституційних положень, що є можливістю з'ясувати концептуальне значення та зміст положень Конституції України в їх цілісності, взаємозв'язку та взаємодії, причому не тільки між собою, а й між всіма чинними положеннями законодавства. Процес систематичного тлумачення Конституції України є проникненням суддями в дух та масштаб Основного Закону шляхом адекватного сприйняття міжнародно-правових та конституційних норм для наступного їх застосування.

Як зазначав Ф. Хаєк, «Конституція містить в собі певну державно-правову ідеологію, тобто систему поглядів на світ, суспільство, гідність людини, національну безпеку»¹¹. Без таких світоглядних орієнтирів, понять, критеріїв суддям Конституційного Суду було б неможливо оцінити значення та правомірність конституційних положень, а також конституційність нормативних актів. Законодавство не визначає, якими правозастосовними критеріями (системою правил правотворчості та тлумачення права) повинні керуватись судді в процесі конституційного тлумачення.

В умовах глобалізації та інтеграції України до Європейського Союзу важливим є використання Конституційним Судом України світової практики конституційного тлумачення.

31 травня 2018 р. Велика Палата КСУ відмовила у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини Валерії Володимирівни Лутковської щодо офіційного тлумачення положення частини першої ст. 9 Конституції України на підставі п. п. 2, 3 ст. 62 Закону України «Про Конституційний Суд України» – неналежність до повноважень Конституційного Суду України питань, порушених у конституційному поданні; невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим законом.

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини Валерія Володимирівна Лутковська звернулася до Конституційного Суду України з клопотанням щодо офіційного тлумачення положення частини першої ст. 9 Конституції України, відповідно до якого чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Обґрунтовуючи підстави, які спричинили потребу в офіційному тлумаченні положення частини першої ст. 9 Конституції України, суб'єкт права на конституційне подання зазначає, що одні суди України при розгляді справ надають пріоритетне значення національним законам, а не Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, яка застосовується в рішеннях Європейського суду з прав людини, а інші – навпаки. При цьому одні суди України вважають, що обов'язковими до застосування є лише рішення Європейського суду з прав людини у справах щодо України, тоді як інші застосовують також рішення цього суду, прийняті щодо інших держав.

Велика палата Конституційного Суду України дійшла висновку, що є підстави для відмови у відкритті конституційного провадження у справі згідно з п. п. 2, 3 ст. 62 Закону України «Про Конституційний Суд України» – неналежність до повноважень Конституційного Суду України питань, порушених у конституційному поданні; невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим цим законом.

Висновки. На нашу думку, Україна, як і країни Східної та Центральної Європи, не має іншого вибору, крім прийняття ліберально-демократичних конституцій. Це спільні конституційні цінності та конституційне зближення. Тому конституційне тлумачення через порівняльне посилення на міжнародне (і зарубіжне) право та акти м'якого права Ради Європи є частиною сучасного втілення концепції міжнародного права, концепції дружнього ставлення до міжнародного права та міграції конституційних ідей.

¹ Brandon J. Murrill. Modes of Constitutional Interpretation. March 15, 2018. Congressional Research Service. P. 2. URL: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45129.pdf>

² Scalia, A matter of interpretation, supra note 17, at 23–38.

³ Christopher McCrudden, A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights, 20 Oxford Journal of Legal Studies (2000), 499–532.

⁴ BVerfGE 59, 280, at 283, 286.

⁵ BVerfGE 35, 311, at 320, BVerfGE 74, 102, at 121, BVerfGE 74, 358, at BVerfGE 82, 106, at 114.

⁶ BVerfGE, 92, 320, 323.

⁷ BVerfGE 7, 198.

⁸ Jed Rubenfeld, 1998: Legitimacy and Interpretation. *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Ed. Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press. 194–234.

⁹ Конституція України від 28 червня 1996 р. 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

¹⁰ Про Конституційний Суд України. Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2017. № 35. Ст. 376.

¹¹ Hayek F. *The Constitution of Liberty*. Chicago, 1960.

Резюме

Розжок Л.П. Глобалізація та стандарти здійснення конституційного тлумачення.

У статті досліджуються проблеми конституційного тлумачення крізь призму глобалізації та сучасні світові моделі конституційного тлумачення. Акцентується увага на та тому, що основною тенденцією при здійсненні конституційного тлумачення в сучасних умовах є використання практики Європейського Суду з прав людини та посилення на рішення конституційних судів зарубіжних держав. Це результат глобалізації, практики сучасного конституціоналізму та діалогу між суддями конституційних судів у світі. Таке конституційне поєднання практик є не тільки інструментом для покращення судових рішень, а й для побудови «глобальної правової системи». Глобалізація конституційного закону означає, що конституціоналізм більше не є привілеєм національної держави, а світовою концепцією та стандартом. Використання міжнародного права в конституційній інтерпретації є лише одним із прикладів міграції конституційних ідей через правові системи, що також включає використання іноземних конституцій як моделей у процесі прийняття конституції.

Зроблено висновок про те, що Україна, як і країни Східної та Центральної Європи, не має іншого вибору, крім прийняття ліберально-демократичних конституцій. Це спільні конституційні цінності та конституційне зближення. Тому конституційне тлумачення через порівняльне посилення на міжнародне (і зарубіжне) право та акти м'якого права Ради Європи є частиною сучасного втілення концепції міжнародного права, концепції дружнього ставлення до міжнародного права та міграції конституційних ідей.

Ключові слова: конституційне тлумачення, судовий конституціоналізм, конституційний суд, моделі конституційного тлумачення.

Резюме

Розжок Л.П. Глобализация и стандарты осуществления конституционного толкования.

В статье исследуются проблемы конституционного толкования сквозь призму глобализации и современные мировые модели конституционного толкования. Акцентируется внимание и на том, что основной тенденцией при осуществлении конституционного толкования в современных условиях является использование практики Европейского Суда по правам человека и ссылки на решения конституционных судов зарубежных государств. Это результат глобализации, практики современного конституционализма и диалога между судьями конституционных судов в мире. Такое конституционное сочетание практик является не только инструментом для улучшения судебных решений, но и для построения «глобальной правовой системы». Глобализация конституционного закона означает, что конституционализм больше не является привилегией национального государства, а мировой концепцией и стандартом. Использование международного права в конституционной интерпретации является лишь одним из примеров миграции конституционных идей через правовые системы, что также включает использование иностранных конституций как моделей в процессе принятия конституции. Сделан вывод о том, что Украина, как и страны Восточной и Центральной Европы, не имеет другого выбора, кроме принятия либерально-демократических конституций. Это общие конституционные ценности и конституционное сближение. Поэтому конституционное толкование через сравнительные ссылки на международное (и зарубежное) право и акты мягкого права Совета Европы является частью современного воплощения концепции международного права, концепции дружественного отношения к международному праву и миграции конституционных идей.

Ключевые слова: конституционное толкование, судебный конституционализм, конституционный суд, модели конституционного толкования.

Summary

Lidia Rozhok. Globalization and standards of constitutional interpretation.

The article examines the problems of constitutional interpretation through the prism of globalization and modern world models of constitutional interpretation. Emphasis is placed on the fact that the main trend in the implementation of constitutional interpretation in modern conditions is the use of the case law of the European Court of Human Rights and reference to the decisions of the constitutional courts of foreign countries. This is the result of globalization, the practice of modern constitutionalism and dialogue between judges of constitutional courts in the world. Such a constitutional combination of practices is not only a tool for improving judicial decisions, but also for building a “global legal system”. The globalization of constitutional law means that constitutionalism is no longer the privilege of the nation-state, but a world concept and standard. The use of international law in the constitutional interpretation is just one example of the migration of constitutional ideas through legal systems, which also includes the use of foreign constitutions as models in the process of adopting a constitution.

It is concluded that Ukraine, like the countries of Eastern and Central Europe, has no choice but to adopt liberal-democratic constitutions. These are common constitutional values and constitutional rapprochement. Therefore, the constitutional interpretation through a comparative reference to international (and foreign) law and soft law acts of the Council of Europe is part of the modern implementation of the concept of international law, the concept of friendly attitude to international law and the migration of constitutional ideas.

Key words: constitutional interpretation, judicial constitutionalism, constitutional court, models of constitutional interpretation.

STATE (OFFICIAL) LANGUAGE PROFICIENCY AS AN OBLIGATORY CONDITION TO ACQUIRE CITIZENSHIP: UKRAINIAN AND EUROPEAN EXPERIENCE

In the modern world citizenship is one of the constitutional law key concepts, commonly enshrined in the basic law or state constitutional act along with other regulatory instruments.

Citizenship is verified in the manner prescribed by the state and is subject to set of requirements and preconditions (adulthood to be reached, certain period spent in the status of a permanent resident, knowledge of the state history, allegiance oaths, etc.).

Citizenship acquisition procedure is unique in each state, with a number of particular differences and features. However, the key condition of acquiring citizenship, uniting all countries of the world, is the verified state language proficiency.

According to European integration practice, process of accession to the European Union is facilitated by creation of democratic foundation for functioning and further development of civil society in the candidate country, formation and implementation of the law-governed state principles, reforming the legal and institutional components of domestic legal system¹.

According to Common European Framework of Reference for Languages there is a six-level scale of language proficiency designed by Association of Language Testers in Europe (ALTE): introductory or primary (Breakthrough or A 1), intermediate (Waystage or A 2), borderline (Threshold or B 1), advanced (Vantage or B 2), independent (Effective Operational Proficiency or C 1) and competent (Mastery or C2). These categories cover all mastering stages – from basic comprehension to literally complete fluency. Any existing textbook or tutorial, reference book, vocabulary or test for European languages is built upon mentioned classification².

Still, language itself is a fundamental social value which affects and shapes all other public domains, an important mechanism ensuring our productive coexistence and interaction. Language is a means of expressing the national identity, structure of social, political, cultural, economic life, state affairs administering, establishing relations between individuals and groups, ensuring educational process etc.

Legal encyclopaedia reveals the meaning of «state language» definition through the prism of multicontextuality as it is also used as:

- the official communication language for the citizens of relevant state;
- official language in state power bodies and local-self government agencies;
- language taught on a mandatory basis in educational establishments located within the territory of relevant state;
- language used by domestic media;
- primary language used in activities performed by political parties and other civil associations/unions/organizations;
- official language of political, educational, scientific and other forums (meetings, gatherings, conferences, congresses etc)³.

The Constitution of Ukraine grants Ukrainian the status of state language. The decision of the Constitutional Court of Ukraine of December 14, 1999 clearly states that under provision of Article 10(1) of the Constitution of Ukraine «Ukrainian language is the state language in Ukraine» – it is unambiguously formulated that Ukrainian language is given an official status throughout the territory of Ukraine and used by public authorities and local self-government agencies exercising their powers (acts, performance of activities, record management, documents, etc.), as well as in other public life domains, as prescribed by the law (Article 10(5) of the Constitution of Ukraine)⁴.

Since Ukraine has proclaimed its independence certain unfavourable environment exists and society is forced to protect and nurture the state language. Its essential right to function in all spheres was put under threat by the Law of Ukraine “On Principles of State Language Policy” dd. July 3, 2012 – under the decision of the Constitutional Court of Ukraine (case of constitutional petition signed by 57 MPs) “On the Principles of State Language Policy” dd. February 28, 2018 № 2-р / 2018 was recognized as inconsistent with the Constitution of Ukraine.

If we analyze various scientific approaches to interpretation of the «state language» term, we will see that certain differences are present. Some authors highlight different essential features of the analyzed concept, and therefore definitions are somewhat diverse. In particular, these features include: language used by the majority of state population; language of official communication; symbol of the state; language of state power bodies; legally established language, etc.

It should be noted that status of state language is not always granted to the language used by majority of the population living in a particular country. This phenomenon is backed by certain real cases – for example, Swiss experience, where the Retho-Romance language is officially declared to be the state language, but used for communication by only 3% of the population.

In Great Britain, the official language of state is not enshrined elsewhere in law, but established according to tradition. In some countries the state language does not perform the function of symbol. After all, such feature is typical for primarily those states where the state language coincides with the language of the titular nation.

Given the above considerations, we believe that term «state language» cannot have a single definition as the concept itself is shaped by numerous factors arising from historical, cultural, economic and other unique areas of state development.

We support the opinion of those scholars stating that it is expedient to single out the duty of each Ukrainian citizen – state language proficiency and active use; its performance is a key prerequisite in the context of consolidation of the Ukrainian nation.

Therefore, it gives grounds to claim that the state language may perform the function of interethnic communication in the country. There is no special legally set standard for such obligation to be met by all citizens of Ukraine, but analysis of other provisions (including the state language mastering, state language proficiency for persons aiming to obtain Ukrainian citizenship or hold certain public positions in Ukraine, etc.) justifies that such obligation is enshrined.

Apart from Ukrainian citizens, foreigners or stateless persons who wish to become the citizens of Ukraine are also obliged to master the official language. Of course, certain regulatory framework must be presented for such cases, enabling to analyze the procedure for testing the state language proficiency level as a necessary condition for acquiring citizenship in Ukraine.

Thus, according to Article 9 (Part 2(5)) of the Law of Ukraine «On Citizenship of Ukraine»: «A foreigner or a stateless person may be granted Ukrainian citizenship at one's request. State language proficiency (or its comprehension) at level sufficient for communication is a requirement to be met by the requestors. This requirement does not apply to persons with certain physical disabilities (blind, deaf-mutes)»⁵.

Provisions of the abovementioned article stipulate that:

– state language proficiency or sufficient comprehension is one of requirements to be met by persons aiming to acquire Ukrainian citizenship,

– the level of such comprehension is defined – sufficient communication;

– these requirements do not apply to all persons aiming to acquire the Ukrainian citizenship – persons with impaired hearing/vision and speech pathologies are excluded.

The term «language comprehension» is unclear as certain questions arise concerning the actual testing of such knowledge: who defines the comprehension/proficiency levels of state language etc.

As an example we can use the legislation of Baltic states. Thus, according to Article 5 of Estonian language law state officials, employees of subordinate governmental agencies, state power bodies and local self-governance agencies, public legal entities and its organizations, notary officers, bailiffs, sworn interpreters and bureau staff are obliged to be fluent in Estonian at level sufficient for performance of relevant duties and functions. Language proficiency levels are clearly defined in accordance with Common European Framework of Reference for Languages. With this aim a Decree of the Government of Estonia № 105 was issued on July 26, 2008 where different language proficiency levels are described in details (A1, A2, B1, B2, C1, C2) along with situations of language use and characteristics of functions and professional duties for people who have mastered the relevant level; correspondence of the language proficiency level to relevant state officials' positions (state power bodies, local self-government, public officials and organizations, commercial and non-profit entities, individual entrepreneurs).

For example, state language proficiency at C1 level is necessary for the following categories of officials: top-level officials; senior officials; regular NCOs and officers; border guard NCOs and officers; lawyers – filing clerks, record-keepers and courtroom secretaries; heads of entities and their deputies; heads of educational establishments, their deputies and curriculum directors; teachers and tutors of Estonian language and subjects delivered in Estonian; doctors (including veterinarians), psychologists, druggists and pharmacists; special education teachers (except those whose services are requested by people with other native languages); bailiffs; legal professions (general recorders, chief assistants/assistants of general recorders); notary officers; bankruptcy trustees; judges and their assistants; prosecutors; law enforcement and emergency service staff.

A similar requirement is contained in Article 6 of the Law of the Republic of Lithuania «On the State Language»: heads, employees and officials of state and self-governance institutions, identities, services, heads, employees and officials of the police and law enforcement agencies, communication infrastructure entities, transport, healthcare, social protection and other public service providers must use state language in accordance with the language proficiency categories established by the Government of the Republic of Lithuania.

According to the Decree of the Government of the Republic of Lithuania «On the implementation and approval of state language proficiency categories» № 1688 adopted on 24.12.2003, there are three categories of state language mastering skills, in particular:

– the first category – for employees in the sector of services, transport, trade;

– the second category – employees in the sector of education, culture, health care, social protection;

– the third category – heads of state power bodies, teachers, etc.

Article 6 of the Law of the Republic of Latvia on the State Language stipulates that employees of state and municipal institutions, courts and ones subordinated to judicial system institutions, state and municipal companies, as well as enterprises with the capital owned mostly by the state or self-governance bodies are fluent and use the state

language to the extent necessary to perform their professional and official duties. At the same time, such classification of state language proficiency levels and the testing procedure shall be established by the Cabinet of Ministers⁶.

For example, the first – A1 level – category is obligatory for persons whose positions are related to unskilled (manual) labour – animal handlers, janitors, kitchen workers; A2 level – obligatory for persons whose functions stipulate compliance with instructions and technologies, use and maintenance of equipment, devices and machines (construction workers, plumbers, auto mechanics, ticket inspectors etc); second category – functions related to public services provision (massage therapist, chef, nail designer – B1 level) or public order maintenance, manufacturing operations execution/control, accounting and bookkeeping (accountant, salesperson, security staff – B2 level); third category is required for managerial staff, highly-qualified personnel, medical and social staff, teaching staff of higher educational establishments and pedagogues (construction cycle manager, director, captain, chief accountant, hotel manager, researcher, doctor, software programmer – C1 level) or heads of public administration bodies and its structural units, employees involved in document processing and recordkeeping, interpreters/translators (school headmaster, teacher, lawyer, court staff – C2 level).

In Latvia fluency in Latvian is required to obtain citizenship. The concept of «language proficiency» is clearly defined. In accordance with Article 20 of the Law of the Republic of Latvia «On Citizenship» a person's level of Latvian is sufficient if one:

- fully comprehends different types of information (general and official)
- can verbally express oneself, communicate and answer questions of general nature;
- reads and understands various texts (general topics), laws and other regulations, instructions etc;
- can write a statement on a general topic.

At the same time, graduates of state secondary schools where subjects were delivered in Latvian are exempt from the proficiency test as well as persons with special needs (I category of disability, dateless status)⁶.

Also, according to the Decree of the Government of the Republic of Estonia № 68 dd. 20.03.2008 «Conditions for alignment of the Estonian language exam for persons applying for citizenship and passing the proficiency exam and the examination procedure» a person wishing to obtain Estonian citizenship must verify the language proficiency at least at B1 level.

Currently in Ukraine National Commission on the State Language Standards functions according to provisions of Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine № 911 dd. November 6, 2019 as a central executive power body with a special status⁷ coordinated and guided by the Cabinet of Ministers of Ukraine via the Ministry of Education and Science of Ukraine. Its key task is to preserve and develop the state language by establishing relevant standards and methodology for proficiency verification to ensure the acquisition of Ukrainian citizenship or holding offices defined by law. This commission is obliged to design and approve the Classification of State Language Proficiency Levels with consideration of CEFR recommendations.

Models of language relations legal regulation are determined by the language environment that has historically developed in a particular country. The traditional international legal norm, according to which the determination of languages status and the procedure of its use is the prerogative of the state and remains within its jurisdiction exclusively, remains inviolable for all countries. The adoption of a special law, that ensures the state language functioning, is a typical European practice, which emphasizes the importance of the state language as an element of the constitutional order⁸.

Thus, state language proficiency is clearly regulated in the world is regulated and approved by relevant standards globally. As for the verification of the state language proficiency level the for those who want to acquire Ukrainian citizenship, accordingly, the Ukrainian language is perceived as a foreign language.

The concept of improvement of the state language proficiency testing is not new – some scholars note that it is necessary to make the requirements for citizenship acquisition more complicated, namely by establishing the set of exams for applicants (language proficiency, Ukrainian legislation, geography and history). In their opinion this must be done as applicant expresses a wish to reside within the territory of Ukraine, communicate and interact with its citizens, take part in country's political life, so proper attention must be paid to the motivation and patriotic attitude of the future citizens⁹.

Based on the results of research on assessment of the procedures for citizenship acquisition and permit issuance for foreigners, carried out by Ukrainian CO «Europe without barriers», it is justified that at the stage of preparation respondents who launched the procedure of citizenship acquisition had certain difficulties with issuance of certificates on language proficiency, withdrawal from the previous citizenship and certificate verifying absence of criminal records. The problem with issuance of the former ones which are required in case if the acquisition procedure is initiated is a result of imperfect state policy on foreigners' integration. Interviewed experts consider that there are systemic problems in Ukraine related to teaching Ukrainian as foreign language, absence of unified standard on Ukrainian proficiency assessment. The official list of educational establishments which are authorized to perform such assessment is not publicly available; absence of assessment standards leads to certain abusive practice when relevant certificates are purchased by foreigners and intermediators and the proficiency level remains unidentified¹⁰.

Currently any person wishing to verify one's fluency in foreign language (in this specific case – Ukrainian) must pass the test based on the unified scale – A1, A2, B1, B2, C1, C2. These standards are designed by the specialized EU commission and enshrined in the Law of Ukraine «On Ukrainian language functioning as state (official)»¹¹. In general, this law contains efficient legal mechanisms to ensure protection, development and functioning of Ukrainian language, its active and unhindered use in all domains of public life but still it has not been implemented to the fullest extent.

The procedure of testing the state language proficiency as an obligatory requirement for persons who want to acquire Ukrainian citizenship is integrated in the legal framework that only requires improvement and extension.

Namely, the adaptation of the EU legislative provisions made it possible to reach higher level in the abovementioned area and establish open, transparent algorithms for those who desire to acquire Ukrainian citizenship.

¹ Сюр Н.В. Правова інтеграція України до Європейського Союзу: теоретико-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Н.В. Сюр ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2006. 20 с. С. 6.

² Загальноєвропейські Рекомендації з мовної освіти: вивчення, викладання, оцінювання / Наук. ред. укр. видання д. пед. н., проф. С.Ю. Ніколаєва. Київ: Ленвіт, 2003. 273 с.

³ Погорілко В.Ф. Державна мова // Юридична енциклопедія : [в 6 т.] / Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України, Вид-во "Українська енциклопедія" ім. М.П. Бажана; редкол.: Шемшученко Ю. С. (голова) [та ін.]. Київ: Юридична думка, 2011. URL: http://leksika.com.Ua/13250215/legal/derzhavna_mova

⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України (справа про застосування української мови) від 14 грудня 1999 року № 10-рп/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-99#Text>

⁵ Про громадянство України: Закон України від 18.01.2001 // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 13, ст. 65. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2235-14#Text>

⁶ Закон Литовської Республіки від 31 січня 1995, № I-779 "Про державну мову" URL: <http://language-policy.info/movne-zakonodavstvo/zakonodavstvo-pro-movy-lytovskoji-respubliky/zakon-lytovskoji-respubliky-pro-derzhavnu-movu/>

⁷ Постанова Кабінету Міністрів України від 6 листопада 2019 р. № 911 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/911-2019-%D0%BF#Text>

⁸ Шевченко В.С. Інститут державної мови в Україні: історико-правовий вимір. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В.С. Шевченко ; Приватний вищий навчальний заклад Університет Короля Данила. Івано-Франківськ, 2019. 20 с. С. 16.

⁹ Дробуш І.В., Кутинець В.В. Проблеми набуття громадянства України. *Молодий вчений*. 2017. № 5.1 (45.1). С. 35–38.

¹⁰ Політика іміграції: аналіз процедур і законодавчі новели України (аналітична записка). С. 3. URL: <https://europewb.org.ua/wp-content/uploads/2019/03/Zvit-Polityka-gromadyanstva-povnyj.pdf>

¹¹ Закон України «Про функціонування української мови як державної» від 25.04.2019 № 2704-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19#Text>

Резюме

Сподинський О.О. Володіння державною (офіційною) мовою як необхідна умова набуття громадянства: український та європейський досвід.

Статтю присвячено дослідженню такої підстави набуття громадянства як володіння державною (офіційною) мовою, а також у ній проаналізовано європейський досвід перевірки рівня володіння мовою для його отримання.

Набуття громадянства в кожній державі унікальне, має ряд відмінностей і особливостей, притаманних виключно для конкретної держави. Проте ключовою умовою набуття громадянства, характерною для всіх країн світу, є знання державної мови на високому рівні.

Слід констатувати, що державна мова не завжди є мовою більшості населення, що проживає в певній країні. Цей факт яскраво підкреслює, наприклад, досвід Швейцарії, у якій ретороманська мова проголошена державною, однак її використовують під час спілкування лише 3 % населення.

Окрім громадян України, обов'язок володіти державною мовою покладається й на іноземців або осіб без громадянства, які хочуть бути прийнятими до громадянства України. Безумовно, у таких випадках має існувати певна нормативна правова база, відповідно до якої можна проаналізувати процедуру перевірки знань державної мови як необхідної умови набуття громадянства в Україні.

Автором наголошено, що володіння державною мовою у світі є чітко регламентованим і затвердженим відповідними стандартами. Що ж стосується перевірки рівня володіння державною мовою для того, хто хоче набути громадянство України. Відповідно українська мова сприймається як іноземна мова.

Констатовано, що сьогодні кожен, хто виявив бажання засвідчити, що він володіє іноземною мовою (в цьому випадку українською), проходить тест за стандартизованою шкалою А1, А2, В1, В2, С1, С2. Це стандарти, які розроблені мовною комісією Європейського Союзу. Ці стандарти відображені і в Законі України «Про функціонування української мови як державної». Зазначений закон містить дієві правові механізми захисту, розвитку і функціонування української мови, впровадження її в усіх сферах суспільних відносин, однак він повною мірою неререалізований у життя.

Процедура перевірки знань державної мови як необхідної умови набуття громадянства в Україні інтегрована в правове поле, яке потрібно лиш наповнювати і вдосконалювати. Саме запозичення норм права Європейського Союзу дозволили вийти на зовсім інший рівень у зазначеній сфері і створити відкриті і прозорі процедури для можливості набуття громадянства України.

Ключові слова: громадянство, мова, право ґрунту, право крові, біпатрид, державна політика.

Резюме

Сподинський А.А. Владение государственным (официальным) языком как необходимое условие приобретения гражданства: украинский и европейский опыт.

Статья посвящена исследованию такого основания приобретения гражданства как владение государственным (официальным) языком, а также в ней проанализирован европейский опыт проверки уровня владения языком для его получения.

Ключевые слова: гражданство, язык, право почвы, право крови, бипатрид, государственная политика.

Summary

Oleksandr Spodynskyi. State (official) language proficiency as an obligatory condition to acquire citizenship: Ukrainian and European experience.

Article presents study of state (official) language proficiency as a ground facilitating the acquisition of citizenship along with thorough analysis of European practices related to verification of language mastering level.

Key words: citizenship, language, law of the soil (jus soli), right of blood (jus sanguinis), bipatride, state policy.

Р.М. ХВАН

*Руслан Миколайович Хван, здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України**

ORCID: 0000-0002-5053-6343

МУНІЦИПАЛЬНА ПОЛІТИКА ДЕРЖАВИ: ОНТОЛОГІЧНІ ТА НОРМАТИВНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ЕЛЕМЕНТНОГО СКЛАДУ

Постановка проблеми. Становлення та розвиток в Україні інституту місцевого самоврядування як сфери самоідентифікації, саморегулювання, самодіяльності, самоврядування територіальних громад – сукупності жителів відповідних територій держави – села, селища, міста, об'єднаної територіальної громади з вирішення питань місцевого значення (див. ст. 140 Конституції України¹), як самостійного рівня публічної влади – публічної самоврядної (муніципальної) влади² (див. ст. 5 Конституції України), а також як однієї із засад конституційного устрою держави – в Україні визнається та гарантується місцеве самоврядування (див. ст. 7 Конституції України), – детермінувало, об'єктивувало та актуалізувало могутні організаційні, управлінські, а також нормативні тенденції щодо формування муніципальної політики держави.

Муніципальна правова політика в доктринальному вимірюванні розглядається як правова політика, що проводиться спільно органами державної влади, органами місцевого самоврядування та населенням муніципальних утворень, тобто жителями-членами територіальних громад, з метою розвитку місцевого самоврядування. Однак необхідно констатувати, що основоположна роль в її ініціюванні, становленні, легалізації, розвитку й удосконаленні належить державі. Це детермінується тим, що саме така політика виступає не тільки обов'язковим і невід'ємним специфічним видом державної політики, коли на теренах держави існує і функціонує інститут локальної демократії, а й могутнім організаційно-інструментальним, технологічно-нормативним засобом регламентації, регулювання, легалізації, легітимації, планування і прогнозування розвитку цього важливого соціально-правового інституту, а також державного контролю за його діяльністю. Це особливо важливо в умовах, коли інститут місцевого самоврядування в результаті демократизації суспільного і державного життя отримав статус конституційно-правового інституту, став об'єктом міжнародно-правового регулювання, завдяки його відповідній позитивній регламентації в міжнародному договірному праві, а також проявив себе могутнім засобом модернізації суспільства і держави через безпосередній вплив на формування і інституціоналізацію громадянського суспільства, яке активно розвивається в умовах демократичної правової державності.

Становлення й розвиток муніципальної правової політики, більш того, сам тільки факт її наявності, означає розробку системного комплексу муніципальних стратегій нормативної властивості, що означають початок процесів становлення, формування і реформування національного законодавства України у сфері місцевого самоврядування та розробку актуальних напрямків супроводження і забезпечення цілеспрямованості та системності здійснюваних державою перетворень у сфері муніципальної реальності. Отже, необхідність і важливість концептуалізації в рамках загальної теорії правової політики наукового знання про муніципально-правову політику, тобто, по-перше, про правову політику саме держави; по-друге, що здійснюється із залученням до неї інших суб'єктів; по-третє, реалізується на муніципальному рівні публічної влади; по-четверте, в сфері де в умовах повсякденності функціонують територіальні громади, вирішуючи самостійно або через створювані ними органи екзистенційні питання свого існування в процесі здійснення їх членами-жителями свого життєвого циклу, – не викликає сумнівів, особливо враховуючи на вплив такої політики як на стратегію, так і тактику правової модернізації місцевого самоврядування. У контекстуалізації зазначеного представляє особливий науковий і прагматичний інтерес елементний склад такої політики, яка в умовах муніципальної реформи, що проводиться в Україні, виступає методологічним і прогностичним фактором організаційного і нормативного оновлення в сфері локальної демократії.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. В умовах становлення та розвитку України як самостійної держави виникає об'єктивна потреба дослідження проблематики не тільки правової політики держави та її складових елементів, а також елементного складу видових характеристик правової політики держави, зокрема, муніципальної правової політики, що актуалізується не тільки завдяки наявності відповідних кризових явищ у процесах реновації держави і суспільства, а й спробами організаційної, управлінської та нормативної реанімації і модернізації важливих соціально-правових інститутів, до яких належить і місцеве самоврядування.

Необхідно зазначити, що теоретичні засади визначення феноменології правової політики закладено в працях російських правознавців XIX ст. С.А. Муромцева, Л.І. Петражицького, Г.Ф. Шершеневича та інших. Разом із тим слід підкреслити, що дослідження такої феноменології в її сучасному розумінні, як правова політика саме держави, почались лише на пострадянському просторі і вони пов'язані з науковими працями

С.С. Алексеева, С.А. Комарова, А.П. Коробової, О.В. Малька, М.І. Матузова, А.С. Перової, І.М. Сенякіна, В.М. Сінюкова та ін.

У вітчизняній правовій науці дослідження правової політики держави чи державної правової політики проводились фрагментарно. Можна назвати вчених-фахівців у сфері теорії права і політології, що в своїх дослідженнях торкалися цієї проблематики, серед них – Л.М. Герасіна, С.М. Гусаров, Н.А. Железняк, М.І. Панов, О.В. Петришин, А.О. Селіванов, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко та ін.

Дослідження муніципальної правової політики у вітчизняному правознавстві не проводились зовсім, враховуючи відсутність інституту локальної демократії, який був замінений у радянський період існуванням системи місцевих рад, що на принципах демократичного централізму входили в єдину систему рад та являли собою, за виразом Л.І. Брежнєва, «вищі органи державної влади на місцях». Початок профільних досліджень збігся з набуттям Україною державної незалежності, законодавчою, а потім і конституційною легалізацією в суверенній державі інституту місцевого самоврядування та формуванням національної наукової школи муніципального права, представники якої – М.О. Баймуратов, І.П. Бутко, М.І. Корнієнко, М.П. Орзіх, В.Ф. Погорілко, М.О. Пухтинський, В.Ф. Сіренко, Ю.М. Тодика, О.Ф. Фрицький та ін. заклали підвалини для доктринального обґрунтування необхідності розробки та прийняття в державі муніципальної правової політики. Така позиція була посилена науковими працями Б.П. Андрєсюка, О.В. Батанова, А.С. Бурлаки, І.А. Грицяка, В.М. Кампа, А.А. Коваленка, Т.А. Костецької, В.В. Кравченка, П.М. Любченка, В.М. Оніщука, І.М. Пахомова, О.В. Приєшкіної, Н.І. Рудої, Т.С. Смирнової, А.Ф. Ткачука та ін.

Разом із тим проблематика розробки та втілення муніципальної правової політики в Україні залишається розробленою недостатньо, хоча, враховуючи кризовий стан сучасної державності та нові глобальні виклики подальшому існуванню людства (пандемія на захворювання коронавірусом), що детермінує активізацію, трансформацію та модифікацію задач і функцій не тільки національної держави та всієї міжнародної спільноти держав, а й безпосередньо органів місцевого самоврядування, що опинилися на передньому краї боротьби з хворобою, що охопила жителів-членів територіальних громад, проблематика муніципальної правової політики держави набуває своєї об'єктивізації і якісно нового наповнення, особливо в напрямі вдосконалення загального і конкретного стратегічного управління на індивідуально-колективному, локальному, регіональному, державному, субрегіональному та універсальному рівнях управління в нових умовах існування конкретної людини, її локальних спільнот, регіонів, держав, міжнародної спільноти, людства, що робить дослідження феноменології муніципальної правової політики, її ознак, принципів, елементного складу науково і прагматично обґрунтованим і актуальним.

Тому **метою цієї статті** є дослідження онтологічних та нормативних підходів до визначення елементного складу муніципальної правової політики.

Виклад основного матеріалу. Пильна увага публічної державної влади України до всебічної модернізації публічної самоврядної (муніципальної) влади, заснованої на цінностях та інститутах демократії, носить об'єктивний характер, вважаючи на об'єктивну необхідність вдосконалення демократичної правової державності, збереження її управлінсько-засадничої парадигми та реалізацію її гуманістичного потенціалу. Це також детермінується особливою роллю місцевого самоврядування, що дає суттєві можливості виробити та апробувати нові форми (моделі) взаємодії людини, суспільства, держави, які не тільки є важливими для існування останньої, а й зорієнтовані на створення відповідних умов, що забезпечують гідне життя і вільний розвиток особистості у межах колективної територіальної спільноти – громади.

Треба зазначити, що місцеве самоврядування являє собою особливий суб'єкт для модернізації, який характеризується високим рівнем складності й суперечливості, враховуючи, що цей інститут поєднує в собі публічно-правові та громадські інтереси, має власні цілі, завдання та функції, специфічні способи і форми їх здійснення. Водночас саме в рамках цього інституту формується правовий простір не тільки місцевого самоврядування, а й правовий простір формування і реалізації життєвих намагань, потреб, інтенцій, інтересів, атитюдів індивідуума – жителя-члена територіальної громади, в межах якої він в умовах повсякденності здійснює свій життєвий цикл. Отже, по суті, місцеве самоврядування не тільки виступає відносно самостійною системою організації діяльності населення відповідної території і спеціально оформлених публічно-владних установ (органів місцевого самоврядування) щодо вирішення питань місцевого значення, а й формою життєдіяльності самої територіальної громади та кожного з її членів.

Звідси, розробка муніципальної правової політики держави в цій сфері виступає як об'єктивно необхідний крок для визначення оптимальної управлінсько-нормативної парадигми розвитку і вдосконалення місцевого самоврядування, а також стратегічного розвитку його нормативно-правового супроводження і забезпечення, з наступною легалізацією на конституційному або законодавчому рівнях. Крім того, і це є стратегічно важливим, саме муніципальна правова політика повинна визначити національну модель місцевого самоврядування, що формується та буде застосованою в державі.

Слід зазначити, що в Україні з метою зміцнення і підвищення дієвості місцевого самоврядування в останні роки здійснено не тільки заходи політичного, економічного та ідеологічного характеру, скільки масштабні перетворення правового регулювання суспільних відносин, що виникають у процесі організації муніципальної влади та вирішення питань місцевого значення, зокрема, розширено сферу та організаційно-правові форми взаємодії між державою та територіальними громадами і сформованими ними органами місцевого самоврядування. Найбільш важливі кроки зроблені владою через процес оптимізації територіальних громад – шляхом створення добровільних об'єднаних громад, а також підвищення спроможності територіальних громад в матеріально-фінансовому відношенні у рамках децентралізації повноважень публічної влади. Але розуміння щодо національної моделі місцевого самоврядування в результаті зроблених сміливих, але недостатніх кроків законодавця немає.

Разом із тим відчувається відсутність єдиного нормативного документа, що закріплював би системний комплекс стратегічних завдань щодо реформування системи місцевого самоврядування в державі, відповідні етапи набуття територіальними громадами реальної спроможності та процеси щодо підвищення «компетентної наповненості» повноважень органів місцевого самоврядування реальними правами і обов'язками, що дозволять їм більш ефективно репрезентувати інтереси територіальних громад у контекстуалізації їх вирішення. І тут не йдеться про конституційні новації¹ або укази голови держави, що час від часу з'являються на виконання стратегічних завдань місцевого розвитку або розробки державної політики², хоча вони відповідним чином формують певні стратегічні заходи, що формують муніципальну правову політику. Однак Україна об'єктивно потребує єдиної і цілісної Концепції муніципальної правової політики, яка буде містити в собі етапи, стадії, стратегічні напрями розвитку та вдосконалення місцевого самоврядування, територіальних громад та всієї системи локальної демократії з вказівкою їх нормативно-правового супроводження і забезпечення.

Ще раз зважаючи на об'єктивний характер необхідності розробки муніципальної правової політики, у парадигмально-діяльнісному аспекті необхідно наголосити на тому, що неможливо успішно подолати глибокі суперечності й систему негативних відносин у житті держави без науково обґрунтованої і соціально схваленої стратегії подальшого розвитку суспільства, держави і права в конкретних сферах, зокрема в сфері муніципально-правової реальності. Дійсно, необхідною є наявність чітко позначених телеологічних домінант і орієнтирів такого стратегічного курсу розвитку муніципальної влади, основні соціальні, економічні та державно-правові і муніципально-правові параметри й характеристики якої будуть відповідати заявленому в Конституції України суспільно-політичному устрою і ладу. Бо тільки на базі чітко орієнтованого стратегічного курсу руху держави до певного соціально-економічного та державно-правового ладу є можливою і реальною відповідна цілям і задачам цієї стратегії внутрішньо узгоджена, практично значуща і така, що послідовно реалізується, концепція загальної правової політики держави, в якій особливу і стратегічну роль відіграє муніципальна політика.

Така особлива і стратегічна роль детермінується і визначається насамперед людинорозмірністю цієї політики. Отже, саме вона характеризується безпосередньою антропологізацією та персоналізацією, бо виникає на стику права і соціуму, права і людини, індивідуального і колективного, приватного та публічного, тобто в межах науки про людину і соціум – у межах юридичної антропології³ та юридичної персонології⁴, причому, починаючи з локального, регіонального і державного рівнів та закінчуючи міжнародним (універсальним) рівнем, про що зазначають адепти загальної персонології⁵.

Виходячи з того, що центром такої політики виступає саме людина, можна стверджувати, що проблематика її становлення є однією із центральних і актуальних у сучасному правознавстві, коли в умовах правової глобалізації актуалізуються права людини, що визнаються вищими за права держави. Крім того, муніципальна правова політика має не тільки свою суттєву історичну ретроспективу, що детермінована єдиним можливим, вважаючи на контекстуалізацію особистісної безпеки, спільним проживанням людей у межах спільноти, починаючи з первісного суспільства (первісне людське стадо, первісна община), вона також є пов'язаною зі становленням, розвитком і вдосконаленням основоположних екзистенційно-гуманістичних і екзистенційно-гуманітарних тенденцій в державотворенні і правотворенні, що мають важливе методологічне і праксеологічне значення і в сьогоденні державотворчих і правотворчих процесах, знайшло свій наративно-практичний прояв у становленні юридичної антропології.

Муніципальна правова політика є універсальним засобом і соціально-діяльним фактором щодо становлення громадянського суспільства в демократичній правовій державі, бо в основі тільки її формування, існування і реалізації лежать відносини держави, локального соціуму і людини, що знаходяться як у правовому, так і позаправовому (за межами державно-правового впливу) просторі, коли людина не просто існує і функціонує в межах місцевого самоврядування, а й активно і цілеспрямовано продукує свої екзистенційні інтенції, потреби, устремління, інтереси та демонструє свої атитюди, що можуть бути реалізованими не на рівні абстрактної держави а на рівні конкретної територіальної громади, де держава створила нормативні можливості для такої реалізації через застосування механізмів самопрояву інтересів, їх самоствердження, самодіяльності людини щодо їх визначення і реалізації, самоврядування конкретної особистості, її груп і макроколективу (громади) в задоволенні своїх екзистенційних інтересів. Саме звідси починаються процеси формування інституцій громадянського суспільства, що безпосередньо задовольняють різнорівневі та поліоб'єктні інтереси конкретної людини, її груп і асоціацій.

Насамкінець зазначимо, що становлення та розвиток муніципальної правової політики як телеологічно обтяженої і телеологічно обґрунтованої діяльності держави щодо становлення в ній системи місцевого самоврядування, з одночасним вирішенням калейдоскопу питань щодо реальної можливості застосування енергії локальних спільнот з метою їх існування, а також існування самої держави напряму детерміновано зі становленням і розвитком основоположних засад локальної демократії спочатку в рамках національної держави, а потім його вдосконаленням у рамках міждержавної економічної, політичної й правової інтеграції держав, що надає конкретній державності на рівні міжнародної спільноти держав ідентифікацію демократичної і правової.

Звідси можна стверджувати, що муніципальна правова політика за своєю сутністю є системною, комплексною і планомірно обґрунтованою та формалізованою муніципальною стратегією, що робить можливим краще пізнати природу та змістовне наповнення місцевого самоврядування і аксіологічно-екзистенційну цінність територіальної громади як універсальної людської спільноти, де виникає і реалізується життєвий цикл людини. А для належної його організації об'єктивується необхідність стратегічного мислення, стратегічного планування для подальшого розвитку територіальних громад, через усвідомлення важливості фор-

мування бачення майбутніх пріоритетів місцевого розвитку, встановлення відповідних цілей та завдань для їх досягнення. Але існування муніципальної стратегії розвитку стає можливим лише як результат систематичного процесу локального стратегічного планування, спрямованого як на використання позитивних факторів зовнішніх змінних умов глобалізованого світу, що впливають як на розвиток територіальної громади через інтенсифікацію інтеграційних процесів, так і на одночасну протидію негативним факторам, детермінованим процесами глобалізації (загроза втраті локальної культурної ідентичності, відносної економічної незалежності, місцевих традицій тощо)⁶. Отже, розуміння муніципальної правової політики, як муніципальної стратегії, є можливим тільки при розумінні її як науково і телеологічно обґрунтованої планомірної, ідеологічно, організаційно, нормативно, ресурсно супроводженої і забезпеченої діяльності уповноважених органів держави та інших суб'єктів, що залучені до її розробки та реалізації.

Ще один важливий аспект об'єктивізації розробки та наявності муніципальної правової політики в Україні міститься у стійкій і об'єктивній тенденції муніципалізації концепту стійкого (збалансованого) розвитку, який виявляється, визначається і реалізується тільки завдяки своєму локальному існуванню, розташуванню, локально-інструментальній праксеологічній парадигмі та оціночній феноменології. Слід зазначити, що, на думку вітчизняного дослідника В.А. Стрільчука, муніципально-правовий вимір концепції стійкого (збалансованого) розвитку сприяє розширенню, а також переосмисленню окремих аспектів, які стосуються особливостей формування та виразу інтересу в місцевому самоврядуванні⁷. При цьому, як вважає професор М.О. Баймуратов, виявлення та диференціація останнього демонструє та розкриває глибинний філософський, гносеологічний зміст муніципальної влади⁸. У свою чергу, на думку професора О.В. Батанова, саме «інтерес (потреби) жителів – рушійна сила муніципальної влади є надзвичайно важливим компонентом у питаннях організації місцевого самоврядування»⁹, чим власне в котре актуалізує підняте питання. Отже, якщо на перше місце муніципальна правова політика держави ставить концепт стійкого (збалансованого) розвитку її територій, як управлінсько-статутарний вимір своєї ефективності, то муніципалізація такого концепту повинна знайти свою адекватну легалізацію у такій профільній політиці та її діяльнісно-функціональних характеристиках.

Враховуючи достатньо велику кількість важливих складових муніципальної правової політики, великий науковий інтерес становить її елементний склад. Вважаємо за потрібне почати його визначення із розкриття елементного складу (елементів) політики, як загальної феноменології, під якими розуміють структурні одиниці політики як єдиної, цілісної системи.

Так, на думку більшості вчених-політологів, до числа елементів політики належать:

- 1) суб'єкти політики – соціальні спільності (клас, нація, політична еліта, маси, професійні групи), соціальні інститути (парламент, уряд, політичні партії, профспілки, церкви, ЗМІ, міжнародні організації) і окремі особистості (громадяни, члени політичної еліти, політичні лідери);
- 2) політична влада – головний елемент політики. Політична влада – це можливість нав'язувати свою політичну волю членам суспільства;
- 3) політична організація – сукупність державних інститутів, що виражають інтереси особистості, групи, суспільства;
- 4) політичні відносини – форми взаємозв'язку і взаємодії суб'єктів політики, засновані на згоді, партнерстві, конфлікті, пануванні;
- 5) політична свідомість – система політичних оцінок, смислів і тверджень, що проявляються на рівні емоцій, почуттів, переживань, симпатій і антипатій (політична психологія), а також на рівні раціональних уявлень, переконань, що становлять політичний світогляд суб'єкта (політична ідеологія);
- 6) політична культура – тип відносини індивіда, соціальної групи, суспільства в цілому до тих чи інших політичних явищ, подій, фактів, що виявляється в поведінці людей¹⁰.

Інтерпретація наведених елементів політики у муніципальній контекстуалізації дає нам наступні результати:

1) суб'єкти муніципальної політики – соціальні спільноти (муніципальна політична еліта, муніципальні маси, територіальні громади, об'єднання муніципальних органів), соціальні інститути (парламент, уряд, органи виконавчої влади центральні та на місцях, представницькі органи територіальних громад різних рівнів, їх виконавчі органи, включаючи і об'єднані територіальні громади, органи самоорганізації населення, політичні партії, ЗМІ, міжнародні міжурядові та неурядові організації) і окремі особистості (жителі-члени територіальних громад, члени муніципальної політичної еліти, муніципальні політичні лідери). У результаті здійснення муніципальної реформи в Україні з'явилися нові суб'єкти муніципальної політики – об'єднані територіальні громади, їх представницькі органи, старости, у ближній перспективі поява виконавчих комітетів на рівні обласних та районних (повітових) рад (при умові зберігання останніх. – авт.) та в об'єднаних територіальних громадах;

2) муніципальна влада – головний функціонально-владний і компетенційно навантажений елемент муніципальної політики. Муніципальна влада (представницькі та виконавчі органи органів місцевого самоврядування) – це легальна і легітимна можливість роз'яснювати і нав'язувати свою муніципальну волю членам локального суспільства, тобто просувати, формувати, реалізувати ідеологію муніципалізму через дію уповноважених органів місцевого самоврядування в інтересах територіальної громади та з метою реалізації питань місцевого значення;

3) муніципальна організація – сукупність державних і самоврядних (муніципальних) інститутів, що виражають інтереси особистості-члена територіальної громади; муніципальної групи в межах громади, що виникає та формується на основі різних кваліфікуючих ознак, які, тим не менш, є пов'язаними з різнорівневими та полюб'єктними екзистенційними інтересами членів групи; територіальна громада; локальне сус-

пільство як сукупність жителів-членів громади та її самоврядних інституцій представницького, виконавчого та громадського характеру;

4) муніципальні відносини – форми взаємозв'язку і взаємодії суб'єктів муніципальної політики колабораційної властивості, що засновані на згоді, партнерстві, співпраці, синергетичній взаємодії, а також на можливому конфлікті, пануванні з можливістю їх вирішення, нівелювання чи нейтралізації на засадах локальної демократії та з застосуванням демократичних процедур;

5) муніципальна свідомість – система муніципальних оцінок, смислів і тверджень, що проявляються на рівні емоцій, почуттів, переживань, симпатій і антипатій жителя-члена територіальної громади, їх груп, всієї територіальної громади, всього локального суспільства (муніципальна психологія – індивідуальна, групова, колективна, локально-універсальна), а також на рівні раціональних уявлень, переконань, що становлять політичний світогляд суб'єкта, задіяного в проектуванні, розробці, побудові, формуванні, інституціоналізації, реалізації, вдосконаленні, модернізації муніципально-правових відносин (муніципальна ідеологія – індивідуальна, групова, колективна, локально-універсальна, державна, міжнародна);

6) муніципальна культура – складний та інтегративний тип відносин індивіда, соціальної групи, територіальної громади, локального суспільства, державно організованого суспільства, держави, її органів, посадових і службових осіб в цілому, в основі якого лежить пріоритет прав, свобод, обов'язків та інтересів людини-жителя, що є членом територіальної громади, а також інтересів такої громади у їх екзистенційному вимірюванні, – до тих чи інших муніципальних явищ, подій, фактів, що виявляються в поведінці фізичних та юридичних осіб – учасників муніципального життя.

Але існує й інший шлях визначення елементного складу муніципальної правової політики, – через видову характеристику правової політики держави. Так, російський дослідник С.В. Малюгин, досліджуючи теоретичні основи, форми і елементний склад законодавчої політики держави як складової її правової політики, акцентує увагу на елементному складі такої політики, вважаючи, що законодавча політика як вид юридичної (правової) політики, впливаючи на законотворчість (як строго вибудовану правову процедуру), привносить методологічну насиченість у цю діяльність, розвиває і робить її цілеспрямованою. Зважаючи на це, даний представник доктрини пропонує виокремити в такій політиці відповідні складові елементи¹¹:

– суб'єкт діяльності – насамперед держава в особі її законодавчих органів, а також апаратів, що володіють правом впливу на законотворчий процес;

– об'єкт діяльності – відповідні суспільні відносини залежно від пріоритетів діяльності, тобто законодавство;

– мета діяльності – аналіз законодавства, приведення його у впорядковану систему, а також створення законодавчого масиву для регулювання нових суспільних відносин;

– засоби діяльності – наукові досягнення (новації в праві), засоби політико-юридичного прогнозування, статистичні методи;

– механізми втілення в реальність даних положень (аналіз, розробка);

– результати і їх оцінка.

Зважаючи на високий рівень технологічної характеристики наведених елементів, що надає їм широкого уніфікаційного потенціалу, вважаємо за можливе інтерпретувати їх у муніципальному контексті, завдяки чому можна визначити наступні складові елементи муніципальної правової політики (через видову характеристику загальної правової політики держави), а саме:

– суб'єкт діяльності муніципальної правової політики – дійсно, первинним суб'єктом муніципальної правової політики виступає насамперед держава в особі її законодавчих органів, що фактично формують і легалізують таку політику, а також апарати виконавчих органів держави, що реалізують зазначену політику на практиці; тільки з дозволу держави до формування та реалізації такої муніципальної правової політики можуть бути допущеними відповідні суб'єкти та органи, включаючи суб'єктів та органи системи місцевого самоврядування, їх асоціації, а також органи виконавчої влади на місцях, міжнародні організації, що опікуються питаннями локальної демократії;

– об'єкт діяльності муніципальної правової політики – об'єктом муніципальної правової політики виступають специфічні суспільні відносини – муніципально-правові, що виникають між державою, локальним соціумом і територіальною громадою щодо реалізації і захисту прав і свобод, а також законних інтересів людини, екзистенційних інтересів територіальних громад залежно від пріоритетів їх діяльності, що знаходять свою формалізацію у законодавчо-нормативному супроводженні і забезпеченні;

– мета діяльності муніципальної правової політики – це побудова системно впорядкованого управлінсько-організаційного і нормативно-правового комплексу, що забезпечує планування, становлення, розвиток, удосконалення, прогнозування системи місцевого самоврядування в державі, сталий розвиток територіальних громад та набуття ними реальної ресурсної спроможності;

– засоби діяльності муніципальної правової політики – це науково-доктринальні досягнення муніципально-правового будівництва у сфері конституційного, муніципального, адміністративного, фінансового та інших галузей правової науки, що втілені в норми наведених галузей права (новації в праві), засоби політико-юридичного прогнозування, статистичні методи;

– механізми втілення в реальність даних положень муніципальної правової політики – практична реалізація положень муніципальної правової політики через використання методів та принципів державного і муніципального управління, включаючи їх методологічне, законодавчо-нормативне супроводження і забезпечення, з послідовною розробкою нових методів і механізмів, що забезпечують оперативність, оптимальність і високу ефективність муніципального управління, сталий розвиток територіальних громад, набуття ними належної ресурсної спроможності;

– результати муніципальної правової політики та їх оцінка – формування, побудова національної моделі місцевого самоврядування європейського зразку, її перманентний розвиток та вдосконалення.

Вважаємо, що застосування наведених вище методологічних підходів до визначення елементного складу муніципальної правової політики володіє високим рівнем нормативно-технологічного конструктиву та дає можливість з урахуванням визначених параметральних ознак такого елементного складу побудувати національну муніципальну правову політику Української держави.

Висновки. Резюмуючи, можна дійти наступних висновків:

– наявність і розробка муніципальної правової політики, що в доктринальному вимірюванні виступає як правова політика, що проводиться спільно органами державної влади, органами місцевого самоврядування та населенням муніципальних утворень, тобто жителями-членами територіальних громад, з метою розвитку місцевого самоврядування в державі, є об'єктивним обов'язковим та важливим фактором розвитку та вдосконалення демократичної правової державності;

– особлива і стратегічна роль муніципальної правової політики детермінується і визначається насамперед її людинорозмірністю. Саме вона характеризується безпосередньою антропологізацією та персоналізацією, бо виникає на стику права і соціуму, права і людини, індивідуального і колективного, приватного та публічного;

– становлення і розвиток муніципальної правової політики означає розробку системного комплексу муніципальних стратегій нормативної властивості, що означають початок процесів становлення, формування і реформування національного законодавства України в сфері місцевого самоврядування та розробку актуальних напрямків супроводження і забезпечення цілеспрямованості та системності здійснюваних державою перетворень в сфері муніципальної реальності;

– муніципальна правова політика за своєю сутністю є системною, комплексною і планомірно обґрунтованою та формалізованою муніципальною стратегією, що дає можливість краще пізнати природу та змістовне наповнення місцевого самоврядування та аксіологічно-екзистенційну цінність територіальної громади як універсальної людської спільноти, у межах якої проходить і здійснюється життєвий цикл людини, а для належної організації такої політики об'єктивується необхідність стратегічного мислення, стратегічного планування як для подальшого розвитку територіальних громад, через усвідомлення важливості формування бачення майбутніх пріоритетів місцевого розвитку, так і встановлення відповідних цілей та завдань для їх досягнення, що включає до себе і визначення елементного складу такої політики;

– визначення елементного складу муніципальної правової політики можливо двома шляхами: або через визначення елементного складу політики як такої, або через визначення елементного складу видової характеристики правової політики (державної, законодавчої тощо);

– визначення елементного складу муніципальної правової політики має велике значення не тільки для визначення аксіології такої політики, воно несе в собі і великий праксеологічний потенціал, бо дає уявлення про структурно-технологічні характеристики такої політики, вплив на які може сприяти її формуванню, розвитку, вдосконаленню, визначенню стратегічних пріоритетів у процесі її здійснення.

¹ Проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)». URL: <https://www.vmr.gov.ua/TransparentCity/Lists/PowerDecentrProject/Default.aspx>

² Див., наприклад: Указ Президента України № 749/2001 від 30 серпня 2001 р. «Про державну підтримку розвитку місцевого самоврядування в Україні»; Указ Президента України № 1276/2005 від 10 червня 2005 р. «Про забезпечення участі громадянської у формуванні та реалізації державної політики»; Указ Президента України від 21 квітня 2015 р. № 224 «Про Раду регіонального розвитку»; Указ Президента України № 545/2016 від 6 грудня 2016 р. «Про першочергові заходи з розвитку місцевого самоврядування в Україні на 2017 рік»; Указ Президента України № 412/2018 від 6 грудня 2018 р. «Про додаткові заходи щодо забезпечення реформ із децентралізації влади»; Указ Президента України № 909/2019 від 18 грудня 2019 р. «Про Раду розвитку громад та територій». URL: <https://www.president.gov.ua/documents/5452016-20846>

³ Костогрывов П.И. Юридическая антропология в поисках парадигмы. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/yuridicheskaya-antropologiya-v-poiskah-paradigmy>

⁴ Петровский В.А., Старовойтенко Е.Б. Наука личности: четыре проекта общей персонологии. *Психология. Журнал Высшей школы экономики*, 2012. Т. 9. № 1. С. 21–39.

⁵ Тарасов О.В. Персонативный юридический факт: теоретико-методологическое и международно-правовое измерение. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/personativnyy-yuridicheskiy-fakt-teoretiko-metodologicheskoe-i-mezhdunarodno-pravovoe-izmerenie-1>

⁶ Стрільчук В.А. Теоретичні основи розуміння стратегій у муніципальному праві. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2018. Вип. 7. С. 77–84.

⁷ Стрільчук В.А. Муніципалізація концепту стійкого (збалансованого) розвитку. *Правова держава*. 2018. № 31. С. 25–30.

⁸ Баймуратов М.О. Публічна самоврядна (муніципальна) влада в Україні: методологічні підходи до визначення основних ознак. *Публічне право*. 2011. № 2. С. 4–11.

⁹ Батанов О.В. Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики. Київ, 2010. 656 с.

¹⁰ Элементы политики. URL: <http://politics.ellib.org.ua/pages-6445.html>

¹¹ Малюгин С.В. Законодательная политика государства: теоретические основы, формы и элементный состав. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zakonodatelnaya-politika-gosudarstva-teoreticheskie-osnovy-formy-i-elementnyy-sostav>

Резюме

Хван Р.М. Муніципальна політика держави: онтологічні та нормативні підходи до визначення елементного складу.

Метою цієї статті є дослідження онтологічних та нормативних підходів до визначення елементного складу муніципальної правової політики. Показано, що особлива і стратегічна роль муніципальної правової політики детермінується і визнача-

ється насамперед її людинорозмірністю. Саме вона характеризується безпосередньою антропологізацією та персоналізацією, бо виникає на стику права і соціуму, права і людини, індивідуального і колективного, приватного та публічного. Доведено, що визначення елементного складу муніципальної правової політики можливо двома шляхами: або через визначення елементного складу політики як такої, або через визначення елементного складу видової характеристики правової політики (державної, законодавчої тощо). Аргументовано, що визначення елементного складу муніципальної правової політики має велике значення не тільки для визначення аксіології такої політики, воно несе в собі і великий праксеологічний потенціал, бо дає уявлення про структурно-технологічні характеристики такої політики, вплив на які може сприяти її формуванню, розвитку, вдосконаленню, визначенню стратегічних пріоритетів у процесі її здійснення.

Ключові слова: правова політика держави, муніципальна правова політика, місцеве самоврядування, територіальна громада, елементи муніципальної правової політики.

Резюме

Хван Р.М. Муніципальная политика государства: онтологические и нормативные подходы к определению элементного состава.

Целью этой статьи является исследование онтологических и нормативных подходов к определению элементного состава муниципальной правовой политики. Показано, что особая и стратегическая роль муниципальной правовой политики детерминруется и определяется прежде всего ее человекообразностью. Именно она характеризуется непосредственной антропологизацией и персонализацией, поскольку возникает на стыке права и социума, права и человека, индивидуального и коллективного, частного и публичного. Доказано, что определение элементного состава муниципальной правовой политики возможно двумя путями: либо через определение элементного состава политики, как таковой, либо через определение элементного состава видовой характеристики правовой политики (государственной, законодательной и т. д.). Аргументировано, что определение элементного состава муниципальной правовой политики имеет большое значение не только для определения аксиологии такой политики, оно несет в себе и большой праксеологический потенциал, потому что дает представление о структурно-технологических характеристиках такой политики, воздействие на которые может способствовать ее формированию, развитию, совершенствованию, определению стратегических приоритетов в процессе ее осуществления.

Ключевые слова: правовая политика государства, муниципальная правова политика, местное самоуправление, территориальная громада, элементы муниципальной правовой политики.

Summary

Ruslan Hwan. Municipal state policy: ontological and normative approaches to determining the elemental composition.

The purpose of this article is to study the ontological and normative approaches to determining the elemental composition of municipal legal policy. It is shown that the special and strategic role of municipal legal policy is determined and determined primarily by its human dimension – it is characterized by direct anthropologization and personalization, because it arises at the junction of law and society, law and man, individual and collective, private and public.

It is pointed out that municipal legal policy is essentially a systematic, comprehensive and systematically grounded and formalized municipal strategy, which makes it possible to better understand the nature and content of local government and the axiological and existential value of the territorial community, the human life cycle is carried out – and for the proper organization of such a policy the need for strategic thinking, strategic planning is objectified – both for further development of territorial communities, through awareness of the importance of forming a vision of future local development priorities and setting appropriate goals and objectives to achieve them, which includes determining the elemental composition of such a policy.

It is proved that the definition of the elemental composition of municipal legal policy is possible in two ways: either by determining the elemental composition of policy as such, or by determining the elemental composition of the species characteristics of legal policy (state, legislative, etc.). It is argued that the definition of the elemental composition of municipal legal policy is of great importance not only for determining the axiology of such policy, it has great praxeological potential, because it gives an idea of the structural and technological characteristics of such policy, the impact of which may contribute to its formation, development, improvement, definition of strategic priorities in the process of its implementation.

Key words: legal policy of the state, municipal legal policy, local self-government, territorial community, elements of municipal legal policy.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.31

УДК 346:338.49-021.131

Ю.В. ГЕОРГІЄВСЬКИЙ

*Юрій Валентинович Георгієвський, доктор юридичних наук, завідувач відділу Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0001-8014-7827

СУБ'ЄКТИ РОЗРОБЛЕННЯ ЄСІТС: ПЕРЕВАГИ І НЕДОЛІКИ ЗАЛУЧЕННЯ ДЕРЖАВНИХ ТА ПРИВАТНИХ ПІДПРИЄМСТВ

Постановка проблеми. Аналіз останніх досліджень і публікацій. Запровадження в Україні електронного суду як одного з основних елементів електронної демократії набуло активного поштовху у зв'язку із ухваленням Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки¹, в якій одним із засобів підвищення ефективності правосуддя було визначено забезпечення широкого використання інформаційних систем для надання більшої кількості послуг «електронного правосуддя».

Зазначимо, що наведеною Стратегією сформовано необхідність створення в судах повноцінних інформаційних систем електронного менеджменту, у тому числі системи електронного документообігу та відстеження справ (до вищих інстанцій), електронних повідомлень, електронних викликів, електронного розгляду справ (у деяких випадках), електронних платежів, аудіо- та відеофіксації засідань, інформаційної системи внутрішньої бази даних, інформаційної системи законодавчої бази даних, удосконалення системи забезпечення рівного та неупередженого розподілу справ між суддями, зокрема, визначення судді та (або) складу колегії суддів на всіх стадіях судового провадження². 3 жовтня 2017 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів»³, яким було передбачено відправлення правосуддя судами за допомогою Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (далі – ЄСІТС).

Незважаючи на те, що цьогоріч спливає строк реалізації Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система так і не запрацювала в Україні. Майже трирічна робота Державної судової адміністрації (далі – ДСА), що згідно з Положенням⁴ відповідає за забезпечення функціонування ЄСІТС та діяльність ДП «Інформаційні судові системи» (як її розробника, далі – ДП «ІСС») у напрямі розроблення ЄСІТС наразі представлена затвердженням Концепції побудови Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (наказ Голови Державної судової адміністрації України від 7 листопада 2019 р. № 1096⁵) та здійсненням тестування окремих модулів програми (зокрема, підсистеми «Електронний суд»).

Нагадаємо, що Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система мала запрацювати в Україні ще з 1 березня 2019 р.⁶, проте наразі діяльність щодо її розроблення перебуває на початковому етапі. Зміст відповіді ДСА на наш інформаційний запит⁷ засвідчив, що ДП «Інформаційні судові системи» систематично порушує строки виконання запланованих Концепцією етапів розробки ЄСІТС, чим позбавляє українське судочинство можливості ефективної реалізації своїх завдань та функцій в умовах актуалізації режиму соціального дистанціювання у зв'язку з протидією COVID-19 в Україні. Як ми зазначали в попередніх роботах, неготовність ДСА до забезпечення застосування режиму відеоконференцій для розгляду справ у зв'язку з відсутністю технічних можливостей ЄСІТС в умовах карантину «сприяли актуалізації ризиків незабезпечен-

© Ю.В. Георгієвський, 2020

* *Iurii Georgievskiy, Dr. hab. in Law, Head of the Department of Sectoral Innovative Development Legal Support of the Scientific and Research Institute of Providing Legal Framework for the Innovative Development of the NALS of Ukraine, Associate Professor of Yaroslav Mudryi National Law University*

ня принципу верховенства права в Україні системою адміністративного судочинства, зокрема щодо таких його елементів, як законність, юридична визначеність, заборона свавілля та доступ до правосуддя»⁸.

У цьому зв'язку особливого значення набувають наукові дослідження, присвячені напрацюванню правових пропозицій з удосконалення господарської діяльності ДП «Інформаційні судові системи» щодо розроблення Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи в Україні. У науковому дискурсі можна знайти праці, присвячені аналізу концептуальних засад запровадження електронного правосуддя в Україні (роботи І. Ізарової, О. Бринцева, Н. Логінової, О. Шамрай, Н. Кушакової-Костицької) та особливостей запровадження ЄСІТС (напрацювання М. Гетманцева⁹, О. Берназюка¹⁰). Проте визначена наукова тематика поки не стала предметом системних досліджень українських правників.

Формулювання цілей статті. Нагадаємо, що в попередній праці нами вже було обґрунтовано нагальну потребу в пришвидшенні запровадження ЄСІТС та пропонувалося два напрями її оперативного розроблення. Перший напрям передбачає активізацію та модернізацію господарської діяльності ДП «Інформаційні судові системи» як «адміністративного монополіста» у розробленні ЄСІТС за рахунок кадрових, управлінських та організаційних рішень (збільшення кадрового потенціалу підприємства, підвищення рівня кваліфікації працівників, залучення фахівців, які створювали і наразі забезпечують функціонування інших інформаційних систем тощо).

Другий напрям мав на меті залучення Державною судовою адміністрацією України до виконання зазначеного державного замовлення на конкурсних засадах інших підприємств усіх форм власності, що спеціалізуються на розробленні, запровадженні та обслуговуванні інформаційних систем¹¹. Актуальність запропонованого нами напряму обумовлена приписами ст. 25 Господарського кодексу України, зокрема щодо зобов'язання держави підтримувати конкуренцію як змагання між суб'єктами господарювання, що забезпечує завдяки їх власним досягненням здобуття певних економічних переваг. Відповідно до змісту цієї статті органам державної влади, які регулюють відносини у сфері господарювання, забороняється приймати акти або вчиняти дії, що визначають привілейоване становище суб'єктів господарювання тієї чи іншої форми власності або ставлять у нерівне становище окремі категорії суб'єктів господарювання чи іншим способом порушують правила конкуренції¹². До того ж, нещодавня історія чеських програмістів¹³, які за вихідні безкоштовно розробили сайт з продажу квитків, на який профільне міністерство планувало виділити близько 16 млн євро протягом чотирьох років, засвідчує перспективність активного залучення приватних суб'єктів господарювання до виконання державних замовлень та підкреслює штучну ускладненість, що іноді має корупційне підґрунтя, щодо діяльності органів державної влади у цьому напрямі.

Метою даної роботи є порівняльний аналіз переваг та недоліків залучення державного підприємства «Інформаційні судові системи» та приватних суб'єктів господарювання до розроблення та запровадження ЄСІТС в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Створення ДСА України ДП «Інформаційні судові системи» з метою отримання прибутку від надання послуг з технічного, технологічного забезпечення створення та супроводження програмного забезпечення ведення автоматизованих систем (електронних баз даних) відповідає ст. 73 ГК України, п. 16 ст. 152 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», ст. 6 Закону України «Про управління об'єктами державної власності», згідно з якими ДСА здійснює управління об'єктами державної власності, що належать до сфери її управління, і як суб'єкт управління має повноваження приймати рішення про створення, реорганізацію, ліквідацію підприємств, установ та організацій, заснованих на державній власності та належать до сфери її управління. До того ж, пп. 29, 35 п. 6 Положення про ДСА України конкретизовано повноваження ДСА України як суб'єкта управління об'єктами державної власності, що належать до сфери її управління.

Нагадаємо, що наказом № 99 «Про забезпечення створення і функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» від 2 березня 2018 р.¹⁴ ДСА України визначила ДП «Інформаційні судові системи» адміністратором з побудови ЄСІТС та одержувачем бюджетних коштів на її створення. Варто зауважити, що дане підприємство має належне державне фінансування на розроблення ЄСІТС. Так, лише у 2019 р. на розробку ЄСІТС ДСА України ДП «ІСС» було виділено 45861,6 тис. грн бюджетних асигнувань, в тому числі, 34998,3 тис. грн – поточних видатків, 10863,4 тис. грн – капітальних видатків¹⁵. Штатна чисельність державного підприємства «Інформаційні судові системи» станом на травень 2020 р. становить 300 працівників¹⁶. Наведені дані засвідчують, що ДП «Інформаційні судові системи» має належний фінансовий, кадровий та виробничий потенціал для розроблення ЄСІТС. Окрім цього, його фахівці вже мають певний досвід роботи із системою, адже відповідно до вже згаданого наказу ДСА України від 2 березня 2018 р. № 99, ДП «ІСС» визначено адміністратором з побудови ЄСІТС та одержувачем бюджетних коштів на створення ЄСІТС з цього моменту.

Варто зазначити, що до переваг виконання ДП «ІСС» державного замовлення ДСА щодо розроблення ЄСІТС варто віднести потенційну можливість оперативного узгодження між замовником і виконавцем технічних умов проекту, вирішення робочих питань, що виникають у зв'язку з виконанням державного замовлення, управлінський вплив через підпорядкованість, в тому числі через функцію призначення та звільнення головою ДСА керівника ДП «ІСС». Це в сукупності обумовлює прогнозовану передбачуваність кінцевого результату – вірогідну узгодженість між запланованою Концепцією моделлю ЄСІТС та фактично створеною інформаційно-телекомунікаційною системою. Про це свідчить той факт, що саме ДП «ІСС» доручено відповідним наказом ДСА України розробити техніко-економічне обґрунтування ЄСІТС з урахуванням нової архітектури її побудови відповідно до Концепції побудови ЄСІТС, затвердженої наказом ДСА України від 7 листопада 2019 р. № 1096.

Серед недоліків виконання ДП «Інформаційні судові системи» державного замовлення зі створення ЄСІТС варто визнати, що ця діяльність здійснюється на підставі виключного права цього державного під-

приємства, наданого йому ДСА України без організації відповідного конкурсу, що суперечить ст. 10 Закону України «Про Національну програму інформатизації»¹⁷.

Як недолік може сприйматися і відсутність мотивації у співробітників підприємства виконати державне замовлення швидше, ніж це передбачено концепцією побудови ЄСІТС, та створити якісний інформаційний продукт. Фахівці державного підприємства отримують заробітну плату, обсяг якої може не залежати від строку та функціональної якості отриманого результату виконання державного замовлення, а тому вони потенційно можуть бути зацікавлені виконувати завдання довше.

Варто також зазначити, що недоліком виконання ДП «ІСС» державного замовлення ДСА України є те, що, незважаючи на фінансовий, кадровий та виробничий потенціал, дане державне підприємство не уникнуло залучення додаткових суб'єктів господарювання до виконання замовлення із розроблення ЄСІТС. Так, у 2018–2019 рр. ДП «ІСС» через процедуру відкритих торгів закупило послуги з розроблення програмного забезпечення на замовлення окремих підсистем ЄСІТС у Дочірнього підприємства «Е-консалтинг», ТОВ «Інтелект-Сервіс», ТОВ «Комп'ютерні інформаційні технології», ТОВ «ТРАНСЛІНК КОНСАЛТИНГ» на загальну суму 14575,6 тис. грн, а в подальшому через переговорну процедуру закупило у зазначених суб'єктів господарювання додатково послуги з доопрацювання програмного забезпечення на замовлення окремих підсистем ЄСІТС на загальну суму 12851,8 тис. грн.¹⁸

Варто зазначити, що застосування переговорних процедур публічних закупівель (конкурентного діалогу або переговорної процедури закупівлі), передбачених розділами V і VII Закону України «Про публічні закупівлі»¹⁹, проводиться, зокрема, в умовах неможливості визначення вимог до предмета закупівлі внаслідок його природи та складності; у разі, коли виконання відповідного договору про закупівлю передбачає використання нових інноваційних технологій, а також коли існує необхідність подальшого захисту прав інтелектуальної власності, *тобто в тих умовах, за яких має відбуватися розроблення ЄСІТС*. Зазначені процедури публічних закупівель є цілком зручними для замовника, адже дозволяють суб'єктивно визначати переможця процедури закупівлі. У той же час вони меншою мірою сприяють забезпеченню ефективного і прозорого здійснення публічних закупівель та створенню конкурентного середовища у цій сфері, ніж інші процедури закупівлі.

На наше переконання, передача ДСА України функції замовника з розроблення ЄСІТС Державному підприємству «Інформаційні судові системи» та наведені дані використання державних коштів у 2018–2019 рр. засвідчують неефективність організації роботи з розроблення ЄСІТС та невиправдане витрачання коштів державного бюджету. Наслідком такого стану справ є відсутність реального результату у вигляді розробленої і впроваджені Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи.

Залучення ДСА України до розроблення ЄСІТС на конкурсних засадах інших суб'єктів господарювання, які спеціалізуються на наданні інформаційних послуг (зокрема, послуг зі створення інформаційних і телекомунікаційних систем), теж потрібно розглядати з точки зору переваг та недоліків. Насамперед варто згадати, що відповідно до ст. ст. 10, 15 Закону України «Про Національну програму інформатизації», державні замовники мають визначати виконавців проектів з інформатизації на конкурсних засадах, а такими виконавцями можуть виступати підприємства, установи, організації усіх форм власності. Зазначимо, що проект створення Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, яким передбачено широке впровадження інформаційних технологій у роботу судів, органів та установ системи правосуддя, а також автоматизація їх діяльності, тобто як інформаційної системи, має виконуватися як складова частина Національної програми інформатизації. У цьому зв'язку визначення виконавця проекту розроблення ЄСІТС на конкурсних засадах та допуск до конкурсних процедур суб'єктів господарювання незалежно від форми власності відповідають вимогам Закону України «Про Національну програму інформатизації». Варто зауважити, що визначення виконавця державного замовлення на конкурсних засадах свідчатиме про обмеження «адміністративного монополізму» та сприятиме конкуренції на ринку інформаційних технологій, що передбачено ст. ст. 18, 25 ГК України.

Підкреслимо, що при залученні потенційних виконавців державного замовлення з розроблення ЄСІТС доречним уявляється застосування таких конкурентних процедур публічної закупівлі зазначених послуг, як відкриті торги або торги з обмеженою участю. Ці процедури за встановленими Законом України «Про публічні закупівлі» приписами могли б сприяти розвитку добросовісної конкуренції, запобіганню проявам корупції у сфері публічних закупівель та як наслідок – економії бюджетних коштів.

Важливою перевагою залучення до виконання державного замовлення з розроблення ЄСІТС суб'єктів господарювання, які спеціалізуються на наданні інформаційних послуг, особливо приватного сектору, є їхня потенційна зацікавленість у найшвидшому отриманні прибутку, а отже, і в оперативному розробленні ЄСІТС. У цьому зв'язку в державному контракті (договорі) про надання інформаційних послуг з розроблення ЄСІТС (договорі про закупівлю в розумінні Закону України «Про публічні закупівлі») нам вважається доцільним передбачити такі умови оплати за фактично надані послуги, коли остаточні розрахунки здійснюватимуться ДСА України і лише після прийняття виконаного відповідно до умов державного контракту та тендерної документації завдання – створеної ЄСІТС, яка відповідатиме певним технічним вимогам і показникам якості. На нашу думку, це стимулюватиме суб'єктів господарювання акумулювати матеріально-технічні, інформаційні, людські, фінансові та інші ресурси цих суб'єктів та спрямовувати їх на оперативне та якісне виконання державного замовлення з розроблення проекту інформатизації.

Серед недоліків залучення до виконання державного замовлення з розроблення ЄСІТС приватних суб'єктів господарювання варто зазначити ризики невчасного, неналежного надання або ненадання (відмови від надання) інформаційної послуги, тобто порушення виконавцем господарських зобов'язань, визначених державним контрактом (договором) і тендерною документацією. Зважаючи на такий ризик, нам вбачається доцільним:

- а) передбачити в державному контракті (договорі) посилену господарсько-правову відповідальність виконавця у зазначених випадках порушення ним умов (відшкодування всіх збитків, штрафні санкції тощо);
- б) зобов'язати виконавців державного замовлення надати відповідне співрозмірне до вартості державного замовлення (вартості предмета закупівлі) забезпечення належного виконання ними своїх зобов'язань за державним контрактом на весь час його дії.

Умовним недоліком залучення до розроблення ЄСІТС інших суб'єктів господарювання є те, що вони не будуть обслуговувати цю систему після впровадження, адже така функція має залишатися у віданні ДП «ІСС». Уявляється, що з цієї точки зору перевагу можуть мати такі суб'єкти господарювання, як ДП «Національні інформаційні системи» (що входить до сфери управління Міністерства юстиції України) та ДП «Документ» (що входить до сфери управління ДМС України), які наразі забезпечують обслуговування низки державних реєстрів (тобто інформаційних систем). Відповідно до Концепції з цими інформаційними системами, які перебувають в адмініструванні таких підприємств, передбачена взаємодія ЄСІТС.

Залучення до виконання державного замовлення з ЄСІТС на конкурсних засадах також передбачає ризики витоку і поширення інформації про особливості функціонування ЄСІТС, що може призвести до подальшого несанкціонованого втручання в систему, її окремі складові частини, псування системи, спотворення інформації, яка буде міститися в ЄСІТС після її впровадження.

Відповідно до Концепції для забезпечення належного рівня інформаційної безпеки у складі ЄСІТС має бути передбачено створення захищеного інформаційного середовища та обмін інформацією з обмеженим доступом між судами та іншими органами і установами системи правосуддя виключно через захищене середовище та захищену телекомунікаційну мережу²⁰. Усі компоненти ЄСІТС за своєю природою є інформацією з обмеженим доступом, що має відповідати вимогам комплексного захисту інформації (як технічного, так і криптографічного). У зв'язку з цим доречним уявляється забезпечення для цього інформаційного продукту відповідного режиму охорони і захисту вже на етапі організації конкурсу з відповідними застереженнями про це в тендерній документації та проєкті державного контракту (договору) про надання інформаційних послуг з розроблення ЄСІТС.

Окрім цього, варто звернути увагу на те, що до участі у відповідному конкурсі можуть бути допущені суб'єкти господарювання, які мають ліцензію та відповідають певним вимогам, що, з одного боку, звужує коло потенційних виконавців, а з іншого, – сприяє мінімізації описаних вище ризиків. У даному контексті варто згадати про п. 8 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності»²¹, відповідно до якого надання послуг у галузі криптографічного захисту інформації (крім послуг електронного цифрового підпису) та технічного захисту інформації, за переліком, що визначається Кабінетом Міністрів України, підлягає ліцензуванню.

Відповідно до Правил забезпечення захисту інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах²² виконавцем робіт зі створення системи захисту можуть бути суб'єкт господарської діяльності або орган виконавчої влади, який має ліцензію або дозвіл на право провадження хоча б одного виду робіт у сфері технічного захисту інформації, необхідність проведення якого визначено технічними завданнями на створення системи захисту. Якщо для створення системи захисту необхідно провести роботи з криптографічного захисту інформації, виконавець повинен мати ліцензії на провадження виду робіт у сфері криптографічного захисту інформації або залучати співвиконавців, що мають відповідні ліцензії.

Згідно з розділом першим Переліку послуг у галузі криптографічного захисту інформації (крім послуг електронного цифрового підпису) та технічного захисту інформації, господарська діяльність щодо яких підлягає ліцензуванню²³, до послуг у галузі криптографічного захисту інформації належить, зокрема, виробництво криптосистем і засобів криптографічного захисту інформації, їхнє постачання, налаштування, технічне обслуговування (супроводження), тематичні та експертні дослідження криптосистем і засобів криптографічного захисту інформації. Відповідно до розділу другого Переліку, до послуг у галузі технічного захисту інформації належить оцінювання захищеності інформації, тобто атестація комплексів технічного захисту інформації та експертні оцінювання у сфері технічного захисту інформації. При цьому суб'єкт господарювання для одержання відповідних ліцензій має відповідати кадровим, організаційним та технологічним вимогам, встановленим зазначеними Ліцензійними умовами.

Наведені вище умови не створюють перешкод для проведення конкурсу на виконання державного замовлення з розроблення ЄСІТС, а радше виступають захисним фільтром, що мінімізує комплекс ризиків – інформаційного витоку, технічної та технологічної спроможності, належного правового захисту тощо. Окрім цього, станом на 25 травня 2020 р. 199 суб'єктів господарювання в Україні мають ліцензії на провадження господарської діяльності з надання послуг у галузі криптографічного та технічного захисту інформації²⁴. Це, на наше переконання, свідчить про наявність відповідного потенціалу у виконанні замовлення з розроблення ЄСІТС як державними, так і приватними суб'єктами господарювання.

Висновки дослідження та перспективи подальших розвідок. Необхідність дотримання режиму соціального дистанціювання у зв'язку із запровадженням карантину нагально актуалізувала необхідність пришвидшення розроблення та запровадження в Україні Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Наявне «відставання» роботи у цьому напрямі ми пов'язуємо з низькою ефективністю господарської діяльності розробника ЄСІТС – ДП «Інформаційні судові системи», що наразі зберігає «адміністративну монополію» на розроблення цієї інформаційно-телекомунікаційної програми.

Аналіз організаційно-управлінських особливостей діяльності даного державного підприємства засвідчив, що воно має належний фінансовий, кадровий та виробничий потенціал для розроблення ЄСІТС, проте у зв'язку з відсутністю конкуренції фахівці підприємства невмотивовані у найшвидшому розробленні даного

продукту, а саме підприємство залучає додаткових суб'єктів господарювання до виконання замовлення, що фактично призводить до невиправданого та нерационального витрачання коштів державного бюджету.

Водночас нам вбачається перспективним залучення до розроблення ЄСІТС на конкурсних засадах інших суб'єктів господарювання (у тому числі приватних), які спеціалізуються на наданні інформаційних послуг. Виконання державного замовлення на конкурсних засадах свідчитиме про обмеження «адміністративного монополізму», сприятиме конкуренції та в підсумку активізуватиме розроблення і запровадження ЄСІТС. З метою запобігання ризикам невчасного, неналежного надання або ненадання інформаційних послуг із розроблення ЄСІТС, нам вбачається доцільним передбачити в державному контракті (договорі) посилену господарсько-правову відповідальність виконавця та зобов'язати надати співрозмірне до вартості державного замовлення забезпечення належного виконання своїх зобов'язань. Особливої уваги законодавця у разі залучення розробників ЄСІТС на конкурсних засадах потребує управління ризиками витоку і поширення інформації про особливості функціонування ЄСІТС, запобігання несанкціонованому втручанням в систему, спотворенню інформації, що міститиметься в ЄСІТС після її впровадження. Правовий аналіз цього напряму становить перспективу для подальшого дослідження.

¹ Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки : Указ Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>

² Там само.

³ 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. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>

⁴ Про затвердження Положення про Державну судову адміністрацію України : рішення Вищої ради правосуддя від 17.01.2019 р. № 141/0/15-19. URL : <https://ips.ligazakon.net/document/view/MUS31286>

⁵ Про забезпечення створення і функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи: наказ Державної судової адміністрації України від 07.11.2019 р. № 1096. URL : https://dsa.court.gov.ua/dsa/inshe/esits/N_1096_19

⁶ Щодо створення та забезпечення функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи: повідомлення Державної судової адміністрації України. *Голос України*. 2018. № 229 (6984). URL: http://www.golos.com.ua/edition_arc_hive/2018-12

⁷ Лист Державної судової адміністрації України від 18.05.2019 р. № інф. Г427-20-426/20.

⁸ Георгієвський Ю.В. Особливості адміністративного судочинства в умовах карантину, встановленого для запобігання поширенню в Україні COVID-19. *Публічне право*. 2020. № 1 (37). С. 29.

⁹ Гетманцев М.О. Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система: реальність і виклики сьогодення. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 4. С. 179–183.

¹⁰ Берназюк О. Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система: поняття та структура. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 6. С. 326–330.

¹¹ Георгієвський Ю.В. Пропозиції з удосконалення господарської діяльності ДП «Інформаційні судові системи» щодо розроблення ЄСІТС в Україні. *Право та інновації*. Науково-практичний журнал. 2020. № 2(30). С. 31–39.

¹² Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144.

¹³ Інформаційне повідомлення «Чеські програмісти за два дні зробили безкоштовний сайт, на який уряд виділив 16 млн євро». URL : https://zaxid.net/u_chehiyi_programisti_bezkoshtovno_i_za_dva_dni_zrobili_sayt_na_yakiy_uryad_vidiliv_16_mln_yevro_n1496848 (дата звернення: 10.06.2020).

¹⁴ Про забезпечення створення і функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи: наказ Державної судової адміністрації України від 02.03.2018 р. № 99.

¹⁵ Лист ДП «Інформаційні судові системи» від 19.05.2020 р. № 2290/8/06-00-20.

¹⁶ Лист Державної судової адміністрації України від 15.05.2019 р. № інф. Г426-20-422/20.

¹⁷ Про Національну програму інформатизації : Закон України від 04.02.1998 р. № 74/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 27–28. Ст. 181.

¹⁸ Лист ДП «Інформаційні судові системи» від 22.05.2020 р. № 2370/6/10-30-20.

¹⁹ Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 9. Ст. 89.

²⁰ Про забезпечення створення і функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи: наказ Державної судової адміністрації України від 07.11.2019 р. № 1096. URL : https://dsa.court.gov.ua/dsa/inshe/esits/N_1096_19

²¹ Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 02.03.2015 р. № 222-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 23. Ст. 158.

²² Правила забезпечення захисту інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах : постанова Кабінету Міністрів України від 29.03.2006 р. № 373. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/373-2006-%D0%BF#Text>

²³ Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з надання послуг у галузі криптографічного захисту інформації (крім послуг електронного цифрового підпису) та технічного захисту інформації за переліком, що визначається Кабінетом Міністрів України : постанова Кабінету Міністрів України від 16.11.2016 р. № 821. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/821-2016-%D0%BF#Text>

²⁴ Лист Адміністрації Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України від 26.05.2020 р. № 01/03/04-1968

Резюме

Георгієвський Ю.В. Суб'єкти розроблення ЄСІТС: переваги і недоліки залучення державних та приватних підприємств.

У статті здійснено порівняльний аналіз переваг та недоліків залучення державного підприємства «Інформаційні судові системи» та приватних суб'єктів господарювання до розроблення та запровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи в Україні. «Відставання» від плану розроблення і запровадження ЄСІТС пов'язується з низькою ефективніс-

тюд господарської діяльності ДП «Інформаційні судові системи», що зберігає «адміністративну монополію» на її створення. Перспективним вбачається залучення до розроблення системи інших ліцензованих суб'єктів господарювання (у тому числі приватних) на конкурсних засадах. Запропоновано способи запобігання ризикам невчасного та неналежного надання інформаційних послуг з розроблення ЄСІТС та наголошено на необхідності управління ризиками витоку і поширення інформації про особливості її функціонування.

Ключові слова: Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система, електронний суд, господарська діяльність, приватні суб'єкти господарювання, державне підприємство «Інформаційні судові системи», витік інформації.

Резюме

Георгієвський Ю.В. Суб'єкти розробки ЄСІТС: переваги і недоліки привлечення державних і приватних підприємств.

В статті представлений порівняльний аналіз переваг і недоліків привлечення державного підприємства «Інформаційні судові системи» і приватних суб'єктів господарювання до розробки і впровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи в Україні. «Отставання» від плану розробки і впровадження ЄСІТС пов'язано з низкою ефективності господарської діяльності ДП «Інформаційні судові системи», яке зберігає «адміністративну монополію» на її створення. Перспективним представляється привлечення до розробки системи інших ліцензованих суб'єктів господарювання (в тому числі приватних) на конкурсній основі. Предложено способи протидії ризикам несвоєчасного і неналежного надання інформаційних послуг по розробці ЄСІТС і відзначено необхідність управління ризиками витоку і поширення інформації про особливості її функціонування.

Ключевые слова: Единая судебная информационно-телекоммуникационная система, электронный суд, хозяйственная деятельность, частные субъекты хозяйствования, государственное предприятие «Информационные судебные системы», утечка информации.

Summary

Iurii Georgiievskiy. Entities of UJITS development: advantages and disadvantages of state and private enterprises involving.

The article provides results of a comparative analysis of the advantages and disadvantages of involving the state enterprise “Information Judicial Systems” and private entities to the development and implementation of the Unified Judicial Information and Telecommunication System in Ukraine. The “backlog” of the plan for the development and implementation of the UJITS is related to the low efficiency of economic activity of the state enterprise “Information Judicial Systems”, which maintains an “administrative monopoly” on the establishment of the UJITS.

Due to obtaining data about the activities of this state-owned enterprise, the author concludes that nowadays state enterprise “Information Judicial Systems” has an adequate financial, human and production potential for the development of the UJITS. At the same time, the author sums up that due to a lack of competition the company’s specialists are not motivated in the fastest development of this information and telecommunication product, and the enterprise involves additional entities to fulfill the state order, which actually leads to unjustified and irrational spending of state budget. In this regard, it is shown as perspective the involvement of other licensed business entities (including private ones) on a competitive basis to the development of the Unified Judicial Information and Telecommunication System.

Execution of the state order on a competitive basis will indicate the restriction of “administrative monopoly”, promote competition and ultimately intensify the development and implementation of the UJITS in Ukraine. In order to prevent the risks of untimely, improper provision or non-provision of information services for the development of the UJITS, the author considers it appropriate to envisage in the state contract (agreement) enhanced economic-law responsibility of the contractor and oblige to provide commensurate with the cost of the state order insurance of the proper execution of their obligations.

The legislator needs special attention in case of involvement to the UJITS developers on a competitive basis in managing the risks of leakage and dissemination of information about the peculiarities of the UJITS operation, prevention of unauthorized interference in the system, distortion of information contained in the UJITS after its establishment.

Key words: Unified judicial information and telecommunication system, electronic court, economic activity, private economic entities, state enterprise “Information judicial systems”, leak.

Н.Д. КОГУТ

*Наталія Дмитрівна Когут, кандидат юридичних наук, старший викладач НТУУ «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»**

ORCID: 0000-0001-6990-8752

ПЕРСПЕКТИВИ ПОДАЛЬШОГО РЕФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Найважливішим індикатором правової держави є незалежність та неупередженість судової гілки влади. Оскільки, яке б досконале не було законодавство, якщо не має механізму дотримання тих прав і обов'язків, які в ньому передбачені, то норми такого законодавства перетворюються на декларативні. В Україні питання судової реформи є надважливим, враховуючи те, що частка населення країни, яка вірить в можливість відстоювання власних прав та інтересів у суді є мізерною, а кількість неправосудних рішень надвелика.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правові питання реформування судової системи України як в цілому, так і окремих судів та сфер, були предметом дослідження низки українських науковців, серед яких: Г.Л. Бондар, І.П. Зеленко, Л.М. Москвич, В.В. Назаров, В.О. Сердюк, В.В. Фальковський та ін. Проте станом на сьогодні потребують детального аналізу питання подальшого реформування судової системи України щодо принципів судочинства та утвердження незалежності судової гілки влади, оскільки здійснена реформа судочинства у 2016 р. не принесла бажаних результатів.

Мета статті: розкрити основні можливі напрями судової реформи в Україні станом на сьогодні, які справді зможуть вплинути на ефективність та справедливість судової системи, а також розкрити зміст кожного із цих напрямів з формуванням пропозицій з удосконалення судової системи України.

Виклад основного матеріалу. У лютому 2016 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про судоустрій та статус суддів»¹, який покликаний реформувати систему судочинства. Однак основними змінами є реструктуризація судової системи (злиття деяких судів та створення нових), проте такі зміни не мають суттєвого впливу на підвищення якості суддівської гілки влади. *Основними напрямками реформування судової системи України, на нашу думку, мають стати наступні:*

- 1) зміцнення незалежності судової гілки влади від інших гілок влади та посадових осіб;
- 2) встановлення надійного механізму притягнення суддів до відповідальності за неправосудні рішення та корупційні правопорушення;
- 3) встановлення збалансованого взаємозв'язку між судовою та правоохоронною гілками влади;
- 4) встановлення надійніших важелів гарантування прав учасників судового процесу;
- 5) уніфікація судової практики та встановлення надійного механізму подолання правових прогалин і колізій;
- 6) удосконалення системи виконання судових рішень;
- 7) доступ громадськості до судочинства.

Проаналізуємо стан та перспективи розвитку всіх окреслених напрямів вдосконалення судової реформи.

1. Щодо формування принципу незалежності судової гілки влади від інших гілок влади та посадових осіб, то позитивом Закону «Про судоустрій та статус суддів» є те, що частково зменшується вплив Президента України на формування судової гілки влади. Зокрема, судді призначаються безстроково Вищою радою правосуддя за підписом Президента, останнє, на наш погляд, є зайвим рудиментом, оскільки відсутність підпису не надає можливості вступити на пост судді, а відповідальності за непідписання такого указу у Президента немає. Це можна порівняти з правом Президента на розпуск Парламенту при відсутності коаліції, але таке право мало б бути обов'язком, проте жоден обов'язок Президента не може бути виконаний примусово. Також Президент України втратив право на утворення та ліквідацію судів своїми указами, це здійснюється на рівні законів.

Проте слід проаналізувати порядок формування Вищої ради правосуддя. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р.² «Вища рада правосуддя складається з двадцяти одного члена, з яких десятьох – обирає з'їзд суддів України з числа суддів чи суддів у відставці, двох – призначає Президент України, двох – обирає Верховна Рада України, двох – обирає з'їзд адвокатів України, двох – обирає всеукраїнська конференція прокурорів, двох – обирає з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ. Голова Верховного Суду входить до складу Вищої ради правосуддя за посадою».

На наш погляд, Президент України та Верховна Рада України мають бути повністю усунені від формування Вищої ради правосуддя. До того ж, принаймні, на певний час, було б доцільно в склад Вищої ради пра-

восуддя та Центральної виборчої комісії залучити приблизно половину їх складу з представників різних незалежних іноземних структур у сфері правового захисту. Або, як варіант, Вища рада правосуддя могла б бути всенародно виборним органом, однак за зазначеної вище умови щодо незалежного від Президента України та Парламенту формування Центральної виборчої комісії. Такий крок надав би можливість уникнути неправомірних рішень судів та впливу на них різних органів влади і посадових осіб. При цьому слід ретельно підходити до вибору міжнародних структур, які могли б залучатися до формування Центральної виборчої комісії та Вищої ради правосуддя та до їх варіабельності для уникнення зовнішнього впливу на українську судову і законодавчу системи окремих політичних спрямувань.

2. *Встановлення надійного механізму притягнення суддів до відповідальності за неправосудні рішення та корупційні правопорушення.* Чинний закон «Про судоустрій та статус суддів» містить положення про можливість притягнення до відповідальності суддів за *корупційні правопорушення та за порушення норм процесуального законодавства*. Проте він не містить положень про відповідальність за *неправосудні рішення* в частині прийняття рішень, які *суперечать нормам матеріального права або не обґрунтовані належною доказовою базою*, а саме це є основною проблемою сьогоденного судочинства. Адже довести факт отримання хабаря значно складніше, ніж довести неправосудність судового рішення. З чинного законодавства про змагальність судового процесу в цивільному та господарському судочинстві випливає, що, якщо сторона не клопотала про застосування певної існуючої норми права, яка безпосередньо стосується справи, то суддя може не застосувати її. Тобто по суті, *судді не зобов'язані знати норми матеріального права та застосувати їх*. На наш погляд, така ситуація є недопустимою у сфері судочинства.

Змінити такий стан справ можна в декілька способів: 1) надати беззаперечне право адвокатам звертатися до Вищої ради правосуддя зі скаргою на неправосудні рішення суддів, які неправильно застосували норми законодавства або не застосували існуючі норми; 2) запровадити *Юридичну службу*, в якій буде зареєстровано багато практикуючих юристів вищої категорії і вчених-правників України для перевірки правильності застосування законодавства суддями – це як *суд присяжних для суддів*. Їх висновок має бути на зразок правової експертизи фахівців. Обрання фахівців у конкретній справі в значній кількості з урахуванням спеціалізації фахівців (приміром по 12 осіб) доцільно здійснювати шляхом випадкового комп'ютерного відбору. У разі прийняття двох негативних рішень щодо одного судді протягом декількох років має бути однозначно прописаний обов'язок Вищої ради правосуддя негайно звільнити такого суддю. Такий метод доцільно здійснювати з рівня апеляції для меншого навантаження на подібну систему, такий суд присяжних міг би фінансуватися за кошти заявників або діяти на громадських засадах. Рішення такого суду присяжних мало б публікуватися і стати підставою для звільнення судді, але не перегляду рішення в тій самій інстанції для уникнення зловживань з боку заявників та уникнення дублювання судової системи. Останній спосіб є радикальним, але він дозволить підвищити як рівень кваліфікації, так і рівень відповідальності суддів. Зрозуміло, що будь-які подібні заходи є вимушеними через існуючий стан судової влади і мають з часом бути скасованими при добрій судовій практиці.

Для боротьби з корупцією в Україні слід законодавчо закріпити право будь-яких приватних осіб на захист своїх прав шляхом прихованої відеозйомки та звукозапису своїх бесід з працівниками судів та інших органів влади. Тому належним і допустимим доказом отримання чи вимагання хабаря суддею чи будь-якою іншою посадовою чи службовою особою органів влади і місцевого самоврядування має бути відео- та звукозапис, який пройшов судову експертизу на автентичність. Судову експертизу доцільно проводити незалежними організаціями, які мали б мати атестацію і ліцензію на проведення відповідних видів судових експертиз, бажано щоб атестація здійснювалася в авторитетних зарубіжних організаціях на підставі відповідних урядових угод. Проте наразі у деяких випадках експертиза може проводитися лише державними спеціалізованими установами: щодо криміналістичних, судово-медичних та судово-психіатричних експертиз відповідно до ч. 3 ст. 7 Закону України «Про судову експертизу»³.

3. *Потреба у встановленні збалансованого взаємозв'язку між судовою та правоохоронною гілками влади є надзвичайно важливою.* Згідно з Законом України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р.⁴ завданням прокуратури в Україні є представництво інтересів громадянина або держави в суді; нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах. Тож прокуратура відіграє важливу роль на всіх стадіях кримінального процесу: починаючи від пред'явлення підозри, потім обвинувачення, проведення слідчих дій, судового провадження та виконання вироку. Проте для неупередженості роботи прокуратури вона має бути незалежною від Президента та інших органів влади і формуватися на конкурсній основі. Це особливо важливо в контексті того, що судді може бути повідомлено про підозру про вчинення кримінального правопорушення Генеральним прокурором або його заступником, які в наш час цілком вито підконтрольні Президенту України. На наш погляд, Генеральний прокурор у нашій правовій системі має призначатися *парламентською опозицією*, що створить баланс інтересів в цій сфері. Звісно, що право на висловлення недовіри Парламентом Генеральному прокуророві має залишатися чинним.

Крім того, конкурсний відбір, який зараз проводиться на прокурорські посади, проводиться конкурсними комісіями, які, в свою чергу, формуються доволі не прозоро, тому нівелюється сама мета їх діяльності. А прокуратура як, по суті, окрема правоохоронна гілка влади в Україні, на відміну від багатьох країн, де вона є структурною частиною судової чи виконавчої гілок влади, продовжує, хоч і меншою мірою, як раніше, здійснювати нагляд над законністю. Тому, на наш погляд, питання щодо оскарження дій прокурорів, притягнення їх до відповідальності, зокрема, за незаконне збагачення, мають вирішуватися так само, як і щодо суддів.

Також дуже важливою ознакою неупередженості кримінального процесу є незалежність слідства від прокуратури і, бажано, від поліції. Проте наразі в Україні слідчі органи знаходяться в структурі МВС, остан-

не приймає нормативну базу для функціонування слідчих органів: наказ МВС «Про організацію діяльності органів досудового розслідування Національної поліції України» від 6 липня 2017 р. № 22125.

Крім того, враховуючи те, що згідно з позицією Верховного Суду України існує ряд дискреційних повноважень Національної поліції (п. 2 ст. 122 Кодексу про адміністративні правопорушення України⁶ щодо накладення стягнень за порушення Правил дорожнього руху, які зафіксовані на відео), такі постанови поліції про накладення адміністративних стягнень не можуть переглядатися судами⁷, то можна сказати, що Національна поліція виконує функції «швидкого суду» і всі її посадові особи, на наш погляд, повинні мати, як мінімум, профільну вищу освіту, як це має місце в цивілізованих країнах Світу, а не 3-місячні курси.

Встановлення надійних важелів гарантування прав учасників судового процесу. До найвагоміших прав учасників судового процесу слід віднести: своєчасний розгляд судової справи; належне повідомлення відповідача про судові засідання; зручний документообіг; належність доказової бази тощо. Щодо всіх перелічених вище прав учасників судового процесу існували суттєві проблеми як в частині законодавчого закріплення, так і в частині практики виконання, які частково змінені на краще. Зокрема, процесуальне законодавство передбачало строк розгляду цивільних і господарських справ в межах двох місяців, проте цей строк приймався судами до уваги як строк, у межах якого суди мали відкрити провадження у справі, а не розглянути її. Наразі, цивільне та господарське законодавство передбачають 5-денний строк для відкриття провадження з дня надходження позовної заяви (ст. 187 Цивільно-процесуального кодексу України⁸ та ст. 176 Господарсько-процесуального кодексу України⁹) та 60-денний строк для розгляду справи по суті після відкриття провадження у справі (ст. 210 Цивільно-процесуального кодексу України та ст. 195 Господарсько-процесуального кодексу України). Також існує наказне та спрощене провадження, що надає можливість окремій категорії справ вирішувати швидше.

Якщо розглядати судочинство в кримінальних справах, то слід зазначити, що тут, окрім строків розгляду справи судом, важливе значення має строк досудового розслідування, протягом якого особа може перебувати у слідчому ізоляторі, такий строк може тривати до 18 місяців. Важливо також, щоб законодавство детальніше врегулювало випадки встановлення судової застави та визначення її адекватного розміру. Кримінально-процесуальний кодекс України¹⁰ містить перелік статей щодо яких не може застосовуватися застава для того, щоб випустити особу з-під арешту (ч. 5 ст. 176), проте до цього переліку не входять корупційні злочини, розкрадання коштів в особливо великому розмірі тощо. Крім того, у суддів є повноваження визначити розмір застави, по суті, на власний розсуд, оскільки немає чітких критеріїв його визначення. Логічно було б, щоб, за аналогією з цивільним судочинством, обвинувачений вносив на депозит суду суму, яка дорівнює розміру збитків (розкрадання) по інкримінованій статті.

Питання належного повідомлення відповідача про судові засідання дуже гостро стояло, коли існувала можливість повідомлення відповідача про порушену проти нього цивільну (господарську) справу через офіційні друковані видання¹¹ (що призводило до порушення базових прав особи та до «рейдерства», коли, наприклад, особа навіть не знала про позов, а за її відсутності в неї відсуджували квартиру і реєстрували на нового правовласника). Наразі відповідача, місце проживання (перебування) чи місце роботи якого невідоме, може бути повідомлено шляхом оголошення на офіційному веб-сайті судової влади України про дату, час і місце розгляду справи не пізніше як за 10 днів до судового засідання (ч. 11 ст. 128 Цивільно-процесуального кодексу України).

Щодо зручності документообігу, то нині існує Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система, яка дозволяє здійснювати обмін документами та навіть видачу електронного судового наказу.

Щодо належності доказової бази, то, на наш погляд, слід переглянути деякі підходи до допустимості доказової бази та до пріоритетності окремих доказів. Зокрема, аудіо- та відеозаписи всіх посадових і службових осіб органів влади і місцевого самоврядування *щодо їх службової діяльності* мають бути допустимими доказами незалежно від наявності чи відсутності дозволу таких осіб. Свідчення свідків повинні мати вторинне значення порівняно з беззаперечними фактами, встановленими судовою експертизою щодо аналізів, які мають стовідсоткове або близьке до стовідсоткового значення достовірності. Також законодавство не містить положень, на підставі яких можна було б *оскаржити конкретний висновок судової експертизи*, що потрібно законодавчо врегулювати. Судова практика знає непоодинокі випадки використання негативної рецензії на висновок експертизи окремими фахівцями, яку суди не повинні враховувати¹².

5. Уніфікація судової практики та встановлення надійного механізму подолання правових прогалин і колізій. Для уникнення неоднакового застосування судами законодавства в однотипних справах через наявність колізій та прогалин в законодавстві варто надати право самим суддям, прокурорам, адвокатам, юридичним факультетам ВУЗів та громадським організаціям звертатися безпосередньо до Верховної Ради України (чи Конституційного Суду України) зі спеціальним поданням щодо усунення таких колізій чи прогалин, а також конкретними пропозиціями (законопроектами) щодо їх усунення, адже це дуже оптимізує чинне законодавство (зокрема, нові закони автоматично не вносять зміни у вже існуючі, що входять з ними в протиріччя). До того ж, не зважаючи на те, що суди не мають права відмовити в розгляді справи з підстав відсутності правового врегулювання спірного питання, для забезпечення правосудності судових рішень слід мінімізувати прогалини в законодавстві.

Варто зазначити, що з внесенням деяких змін в законодавство Верховний Суд України має право за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики надавати роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ (п. 10² ст. 46 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»). Тобто по суті, Верховний Суд України має функції щодо *судової правотворчості*. На думку В. О. Сердюк, будь-яка система чітко встановлених правових норм завжди має прогалини та застаріває відразу ж після прийняття¹³. Тому нездатність законодавця вчасно відреагувати на зміну суспільних відносин сприяє розвитку судової правотворчості¹⁴.

Крім того, відповідно до п. 10⁻¹ ст. 46 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» Верховний Суд України може визначати «показові» судові рішення, якими мають керуватися інші суди при прийнятті рішень в аналогічних справах. Тож, по суті, це як певні *прецедентні судові рішення*. На наш погляд, зазначені зміни можна охарактеризувати позитивно, оскільки неоднакове правозастосування в судах негативно позначається на сприйнятті принципу «верховенства права». У цілому, судова гілка влади не претендує на законодавчі функції, вона просто формує правозастосовну практику (відповідні правила) у процесі вирішення конкретних спірних питань, що вирішуються у рамках загальних норм закону¹⁵. Інша справа з Конституційним Судом України, який справді нерідко формує нові законодавчі положення, у разі якщо попередні були неконституційними.

6. Вдосконалення системи виконання судових рішень. Система виконання судових рішень в Україні характеризується своєю бездіяльністю та неспроможністю. І наявність позитивного рішення суду ще зовсім не означає його виконання. Проте виконання судового рішення має бути складовою частиною судового розгляду¹⁶. Водночас здійснене в Україні запровадження приватних виконавчих служб, подібна практика існує в деяких країнах, потребує більш жорстких вимог до приватних виконавців як окремих фізичних осіб. Та все ж виконання цілого ряду судових рішень залишається виключною прерогативою державної виконавчої служби (п. 2 ст. 5 Закону України «Про виконавче провадження» від 2 червня 2016 р.¹⁷). Тож створення ефективної виконавчої служби є важливим завданням держави. Стимулювання ефективності діяльності державних виконавців можна здійснювати шляхом матеріального стимулювання, надання певних суттєвих премій залежно від коефіцієнта ефективності виконаних судових рішень.

7. Доступ громадськості до судочинства. Частина 3 ст. 6 ЦПК України передбачає можливість закритого судового розгляду справи з метою: 1) запобігання розголошенню державної або іншої таємниці, яка охороняється законом; 2) забезпечення таємниці усиновлення; 3) запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі; 4) розголошення відомостей, що принижують честь і гідність осіб, які беруть участь у справі. Проте, зважаючи на невичерпність поняття «таємниці» і відсутність чіткого законодавчого визначення цього терміна безвідносно до її видів, суд може не допустити громадськості до розгляду практично будь-якої справи. Це ж стосується і господарського процесу (п. 7–9 ст. 8 Господарсько-процесуального кодексу України) та адміністративного судочинства (п. 8 ст. 10 Кодексу адміністративного судочинства України¹⁸). Тому в сучасних реаліях української політико-правової системи варто передбачити заборону на обмеження доступу громадськості до будь-яких справ щодо правопорушень держслужбовців.

Крім того, майже монополічне становище адвокатів щодо представництва в судах перешкоджає доступу до правосуддя багатьом громадянам, оскільки держава та адвокатура не готові до надання конституційно гарантованої безоплатної правової допомоги¹⁹.

Вважаємо за доцільне окремо розглянути варіанти можливих вирішень проблеми корупції в судах, яка є основною причиною необхідності реформування судової гілки влади. Окрім застосування аудіо- та відеозйомки як належної доказової бази та формування «суду присяжних для суддів», для боротьби з корупцією як всередині судів, так і в цілому в країні, варто впровадити обов'язкову участь *суду присяжних*, причому не тільки в справах щодо злочинів проти життя, здоров'я, а й *в усіх справах щодо корупції* (приміром по шість чоловік для однієї справи, присяжні не будуть працювати на постійній основі, їх буде обирати комп'ютер методом випадкового вибору з числа зареєстрованих для кожної справи окремо). На думку А. О. Фальковського, суд присяжних є надто витратним інститутом і нерідко характеризується емоційністю та фаховою некомпетентністю²⁰. У цілому ми погоджуємося з цією думкою, і в цивільних справах можна відмовитися від суду присяжних, але в питаннях, що стосуються корупційних злочинів *інститут присяжних та відміна застави* є найбільш ефективними за умови встановлення жорсткіших вимог до присяжних (наприклад, обов'язковість вищої освіти тощо). Проте наразі в багатьох навіть столичних судах немає присяжних, так само гостро стоїть проблема зі слідчими судьями, яких не вистачає, до того ж вони не можуть розглядати ведену ними справу по суті, тож не кожен суддя може виконувати функції слідчого судді²¹.

Крім того, в адміністративному праві можна було б відійти від того принципу, що лише особа, суб'єктивні права якої порушено, має право подавати позов. Ще в римському праві існував такий вид позову, як «action popularis», який міг подати кожен римський громадянин *в інтересах держави (народу)*. Приміром, якщо будь-який орган влади видав наказ (розпорядження), що суперечить Конституції, то будь-який громадянин або юрист (адвокат) мав би право звернутися до адміністративного суду України з оскарженням такого наказу, або ж якщо будь-який держслужбовець порушив Конституцію чи закони України, то будь-який громадянин міг би подати позов проти такого порушення. До прикладів таких порушень можна віднести: прийняття рішення, яке шкодить інтересам громадян в цілому чи окремим прошаркам суспільства (в даному випадку за наслідками розгляду справи в адміністративному судочинстві могли б з'ясуватися факти, які стануть підставою відкриття кримінального провадження). Це ж має стосуватися і бездіяльності держслужбовців, наприклад: відсутність встановлення правил та суб'єктів переробки сміття тощо. У даному випадку важливим був би правильний реєстр судових справ для уникнення розгляду справ з того ж предмета і з тим же відповідачем різними судами, до справи могли б долучатися співпозивачі.

Таким чином, сама громадськість та ЗМІ отримали б можливість дієво контролювати законність і ефективність діяльності органів влади та їх посадових осіб. У кінцевому результаті, будь-які порушення законодавства, прав і свобод людини і громадянина, незабезпечення певних прав і свобод людини і громадянина (неефективна робота), якщо це є функцією держслужбовця, порушують суб'єктивні права народу України, який забезпечує бюджетне фінансування усіх держслужбовців України.

Висновки. Найважливішим напрямом реформування судової гілки влади є утвердження її незалежності від інших гілок влади. Для цього інші гілки влади та Президент України мають бути повністю усунені від

формування суддівського корпусу. Відповідальність судді мають нести не лише за злочини, а й нести дисциплінарну відповідальність за ухвалення неправосудних рішень, зокрема таких, які не відповідають або суперечать нормам матеріального права.

Важливою передумовою незалежності судової системи України є встановлення збалансованого взаємозв'язку між судовою та правоохоронною гілками влади; встановлення надійніших важелів гарантування прав учасників судового процесу; уніфікація судової практики та встановлення надійного механізму подолання правових прогалин і колізій; удосконалення системи виконання судових рішень та доступ громадськості до судочинства.

У подальшому доцільно дослідити особливості судової реформи щодо окремих видів судочинства та перспективи удосконалення виконання судових рішень.

¹ Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

² Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21 грудня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 7–8. Ст. 50.

³ Про судову експертизу: Закон України від 25 лютого 1994 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 28. Ст. 232.

⁴ Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2–3. Ст. 12.

⁵ Про організацію діяльності органів досудового розслідування Національної поліції України: наказ МВС України від 6 липня 2017 р. № 2212. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0918-17>

⁶ Кодекс про адміністративні правопорушення Української РСР від 7 грудня 1984 р. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. Дод. до № 51. Ст. 1122.

⁷ Постанова Верховного Суду України про визнання протиправною та скасування постанови про накладення адміністративного стягнення від 13 лютого 2020 р., справа № 201/243/17. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/87559871?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress05&_ga=2.259393609.2126811408.1592221586-1805658895.1588621917

⁸ Цивільно-процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

⁹ Господарсько-процесуальний кодекс України від 6 грудня 1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

¹⁰ Кримінально-процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.

¹¹ Про друковані засоби масової інформації загальнодержавної та місцевої сфери розповсюдження, в яких у 2018 році розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб, свідків, місце фактичного проживання / перебування яких невідоме, повістки про виклик підозрюваного, обвинуваченого та інформацію про процесуальні документи: розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 грудня 2017 р. № 957-р. URL: <https://zt.arbitr.gov.ua/sud5007/pres-centr/news/419089/>

¹² Костін О.Ю., Луценко І.С., Хомутенко В.П. Актуальні питання реформування законодавства у сфері судово-експертної діяльності в Україні. *Економіка. Фінанси. Право*. 2017. № 10. С. 24–29.

¹³ Сердюк В.О. Роль судової правотворчості в процесі здійснення судової реформи в Україні. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2017. Т. 28 (67). № 1. С. 73–78.

¹⁴ Корнев А.В. Сравнительный анализ понимания судебного правотворчества в англо-саксонской и романо-германской правовых системах. 2012. URL: http://www.kapatner.ru/sravnitenii_analiz

¹⁵ Зеленко І.П. Дискусійні питання правотворчості на черговому етапі судової реформи. *Наукові записки. Серія: Право*. 2020. Вип. 8. С. 9–13.

¹⁶ Москвич Л.М. Міжнародні стандарти ефективності судової системи та їх значення під час проведення судової реформи в Україні. *Вісник Академії адвокатури України*. 2009. № 2. С. 151–157.

¹⁷ Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30. Ст. 542.

¹⁸ Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446.

¹⁹ Бондар Г.Л. Судова реформа в Україні (2018 р.): проблеми та здобутки. *Публічне управління та регіональний розвиток*. 2018. № 2. С. 238–259.

²⁰ Фальковський А.О., Майстренко М.О. Запровадження суду інституту присяжних в цивільному судочинстві як складова судової реформи в Україні. *Правова держава*. 2017. № 26. С. 113–118.

²¹ Назаров В.В. Судова реформа в Україні: новачі та проблеми її запровадження. *Правова держава*. 2016. № 24. С. 59–64.

Резюме

Когут Н.Д. Перспективи подальшого реформування судової системи України.

У статті досліджуються основні напрямки доцільного реформування судової системи в Україні для досягнення ефективності та справедливості цієї системи. Найважливішим напрямом реформування судової гілки влади є утвердження її незалежності від інших гілок влади, для цього інші гілки влади та Президент України мають бути повністю усунені від формування суддівського корпусу. Автор наголошує на тому, що судді мають нести дисциплінарну відповідальність за ухвалення неправосудних рішень, які не відповідають або суперечать нормам матеріального права. Для цього слід встановити «суд присяжних для суддів» з юристів вищої категорії.

Ключові слова: судова реформа, реформування судової системи України, неправосудні рішення, суд присяжних, судочинство.

Резюме

Когут Н.Д. Перспективы дальнейшего реформирования судебной системы Украины.

В статье исследуются основные направления целесообразного реформирования судебной системы в Украине для достижения эффективности и справедливости этой системы. Наиболее важным направлением реформирования судебной ветви власти является утверждение ее независимости от других ветвей власти, для этого другие ветви власти и Президент Украины должны быть полностью удалены от формирования судейского корпуса. Автор настаивает на том, что судьи должны нести дисциплинарную ответственность за вынесение неправосудных решений, которые не соответствуют или противоречат нормам материального права. Для этого следует установить «суд присяжных для судей» из юристов высшей категории.

Ключевые слова: судебная реформа, реформирование судебной системы Украины, неправосудные решения, суд присяжных, судопроизводство.

Summary

Natalya Kogut. Perspectives of Further Reform of Judicial System.

The main directions of appropriate judicial system reform in Ukraine in order to make it effective and equitable are investigated in the article. The most important direction of judicial system reform is creating an independent judicial system from the other branches of power. To this end, the other branches of power and President of Ukraine should be entirely excluded from judiciary forming. The author persists that judges should have a disciplinary liability for unjust decisions, which not match or contradict to material norms. For this goal, it is worth to create jury trial for judges from the level of appeal. This jury trial should consist of lawyers of the highest category and scientists in the sphere of law and be chosen for every case separately by occasional computer programmer in quite significant amount (for example 12 persons).

To the other main directions of judicial system reform, the author relates:

- 1) Creating a reliable mechanism of judges' prosecution for his unjust decisions and corruption offences;
- 2) Creating a balanced interconnection between judicial and law enforcement branches of power;
- 3) Creating more reliable lever arm for litigators' rights guarantying;
- 4) Judicial practice unification and creating a steady mechanism of legal gaps and collisions overcoming;
- 5) Improvement of the system of enforcement of judgements;
- 6) Publicity and society access to the legal proceedings.

Every direction has its peculiarities.

Amongst the main reforms in these spheres are the following. Attorney General should be assigned by the Parliament opposition, it will provide court decisions against influence from the side of Parliamentary majority because Attorney General has right to prosecute against judges.

It is also important in the criminal proceedings to enact independent investigative authorities from the structure of prosecution and national police. To provide enforcement of judgements it's worth to improve financial stimulation of the officers for their positive work and to anticipate ban for criminal outpost in any case of corruption crimes. Also in order to fight against corruption it is worth to allow using any kind of video or audio records including hidden ones when they can be proves in the crimes committed by the public officers.

Key words: judicial reform; reform of judicial system of Ukraine; unjust decisions; jury trial; legal proceedings.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.33

УДК 343.163

І.В. КОСТЕНКО, С.М. ОГІЄВИЧ

*Ірина Валентинівна Костенко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»**

ORCID: 0000-0002-6974-023X

*Софія Миколаївна Огієвич, студентка Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»***

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПРОГАЛИН У РЕФОРМУВАННІ СИСТЕМИ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ

Постановка проблеми. Система органів прокуратури посідає значне місце у функціонуванні більшості країн. Вона є своєрідним детектором рівня демократично-правових перетворень у державі. Законодавство України поки що зазнає трансформаційних змін, проте важливо, щоб ці зміни були дійсно ефективним засобом подолання злочинності у країні, сприяли підвищенню довіри серед населення до прокуратури й давали змогу ефективно здійснювати свої повноваження. Активізація процесів євроінтеграції, удосконалення законодавства у напрямі посилення демократизації суспільства потребують прискорення перебудови структури та уточнення функцій системи прокурорського нагляду, визначення шляхів і напрямів покращення їхньої діяльності.

Україна, виконуючи взяті на себе зобов'язання перед європейською спільнотою, повинна довести свою спроможність створити дієву та злагоджену систему органів прокуратури, оскільки на сьогодні модель функціонування органів прокуратури є недостатньо розвинутою та ефективною. У 2019 р. було зроблено чергову

© І.В. Костенко, С.М. Огієвич, 2020

* *Irina Kostenko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of the National Technical University of Ukraine «Kyiv Polytechnic Institute of Igor Sikorsky»*

** *Sofia Ogievich, student of the National Technical University of Ukraine «Kyiv Polytechnic Igor Sikorsky Institute»*

спробу покращення системи органів прокуратури шляхом прийняття проєкту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури». Однією з проблем є те, що на сьогодні існує досить обмежена кількість джерел, які б змістовно та обґрунтовано викладали б повноцінний аналіз даної реформи. Більше того, деякі з положень цього проєкту не відповідають законодавству України та мають недостатньо обґрунтовані підстави для їх прийняття. Саме тому ми вважаємо за доцільне проаналізувати найбільш суперечливі реформи даного законопроєкту та виявити прогалини, що стосуються безпосередньо змін у системі органів прокуратури.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженням становлення, розвитку та функціонування системи органів прокуратури займалися такі вчені, як О.М. Литвак, С.В. Ківалов, М.В. Косюта, В.І. Малюга, М.Я. Мавдрик, М.І. Руденко, О.Р. Михайленко, С.В. Подкопаєв, П.В. Шумський та інші науковці.

Формулювання мети наукової статті. Мета даної статті полягає в тому, щоб проаналізувати доцільність прийняття та втілення реформ, на основі яких відбувається оновлення системи органів прокуратури.

З поставленої мети можна виокремити наступні **завдання**:

1) обґрунтувати роль прокуратури в системі органів держави;

2) проаналізувати доцільність внесених змін до Закону України «Про прокуратуру» внаслідок реформування органів прокуратури.

Виклад основного матеріалу. Сьогодні вкотре з приходом нової влади в Україні розпочався черговий етап реформування системи органів прокуратури й офіційним його стартом можна вважати прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» від 19 вересня 2019 р. Розглянувши зміни, що насамперед безпосередньо стосуються Закону України «Про прокуратуру», першочергово можна виділити перейменування органів, які становлять систему прокуратури:

1. Генеральна прокуратура – в Офіс Генерального прокурора.

2. Регіональні прокуратури – в обласні.

3. Місцеві – в окружні¹.

Проте цим передбачається не лише формальна зміна назв окремих структурних органів, адже насамперед це – ліквідація та створення нових структур, що у свою чергу дозволяє на законній підставі, передбаченій п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону України «Про прокуратуру», звільнити всіх працівників такого органу у зв'язку з його ліквідацією чи реорганізацією². Тренд на «нові обличчя» та політика оновлення кадрів не завжди є ефективним методом у боротьбі з корупцією та оновленням існуючої системи. Разом із працівниками, які опинилися в органах прокуратури «випадково», будуть звільнені й ті, які мають відшліфовані професійні навички та неабиякий досвід у цій сфері. Більше того, таке перейменування призведе до неминучого затягування зі здійсненням прокурорами своїх безпосередніх функцій (у тому числі ознайомлення із документами з обмеженим доступом, з державною таємницею та процесуальними документами щодо здійснення НСРД), оскільки всі посади прокурорів Генеральної прокуратури будуть змінені (перейменовані). Відповідно, цим особам потрібно буде заново отримувати дозвіл на доступ до режимно-секретної частини та державної таємниці, що заморозить повноваження прокурорів на невизначений термін. Саме тому методи реформування, які зумовлені метою покращити та підвищити рівень ефективності діяльності відповідного органу, повинні мати більш обґрунтований та дієвіший характер втілення.

Наступним кроком у реформуванні органів прокуратури є ліквідація військових прокуратур, але при цьому встановлюється право Генпрокурора у разі потреби створювати спеціалізовані прокуратури на правах структурного підрозділу Офісу Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратур¹. В умовах військової агресії на Сході України та масового порушення основоположних прав і свобод людини шляхом жорстокого поводження, катування та вбивства полонених і цивільного населення досить складно обґрунтувати доцільність ліквідації військових прокуратур.

Досліджуючи дане положення реформи, можна виокремити наступні негативні наслідки. По-перше, вона спричинить ситуацію припинення розслідування злочинів, які відбувалися та продовжують відбуватися в умовах війни. Новим слідчим та прокурорам доведеться тривалий час витрати на вивчення специфіки діяльності військової прокуратури, адже вона має свої особливості та передбачає доступ до таємних матеріалів. Також реформа призведе до затримки у вирішенні та розслідуванні справ, а отже, і знизить ефективність та результативність діяльності нових структур. Негативним аспектом є також втрата кваліфікованих кадрів військових прокуратур, адже, як наголошує Анатолій Матіос у своєму рапорті до колишнього Генерального прокурора Р.Г. Рябошапки, у цій структурі працюють єдині у правоохоронній системі особи, які володіють напрацьованими з 2015 р. методиками документування й розслідування військових злочинів та злочинів агресії³.

Одним із нововведень, яке було викладене у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури», є зменшення максимальної кількості працівників органів прокуратури з 15000 до 10000 осіб¹. Проте, аналізуючи це положення та беручи до уваги особливості звільнення з посад працівників унаслідок ліквідації таких структурних органів прокуратури, як Генеральна прокуратура, регіональні та місцеві прокуратури, ми дійшли висновку, що воно має певні недоліки. Спершу потрібно звернути увагу на п. 6 Прикінцевих та перехідних положень закону, яким визначається, що «з дня набрання чинності цим Законом всі прокурори Генеральної прокуратури України, регіональних прокуратур, місцевих прокуратур, військових прокуратур вважаються такими, що персонально попереджені у належному порядку про можливе майбутнє звільнення з посади на підставі пункту 9 частини першої статті 51 Закону України «Про прокуратуру»². Це положення нового закону можна розцінювати як таке, що суперечить вимогам частини третьої ст. 22 Конституції України, згідно з якою при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод⁴.

Оскільки, по-перше, відповідно до ч. 1 ст. 49-2 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП) при здійсненні реорганізації підприємства чи установи незалежно від форм організації чи виду діяльності працівник повинен бути повідомлений про своє звільнення персонально не пізніше, ніж за два місяці⁵.

По-друге, згідно із ст. 74, ч. 3 ст. 121 КЗпП, якщо працівник прокуратури перебуває на лікарняному, у відраженні чи у відпустці, він не може бути звільнений, оскільки у ці періоди за такими особами повинно бути збережене місце роботи⁵. Крім того, втілення таких позицій аналізованого закону на практиці може призвести до корупційних зловживань з боку осіб, на яких буде покладено обов'язок формування нового складу прокуратури.

По-третє, положення ст. 42 КЗпП щодо переважного права на залишення на роботі при звільненні працівників у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці суперечать необхідності додержання високого рівня професійних знань та умінь працівників прокуратури, адже при скороченні чисельності чи штату працівників у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці переважне право на залишення на роботі надається працівникам з більш високою кваліфікацією і продуктивністю праці, інші ж переваги щодо залишення на роботі надаються за умови рівної продуктивності праці і кваліфікації⁵.

Крім цього, такий підхід до реформування органів прокуратури з метою оновлення її кадрового складу неминує призвести до блокування роботи органів досудового розслідування по боротьбі із злочинністю, адже слідчі й детективи НАБУ без участі прокурорів, повноваження яких у результаті такої норми будуть зупинені, не зможуть проводити досудове розслідування. Внаслідок таких нововведень зупиняться і розгляд обвинувальних актів у судах.

Досить значну увагу у реформуванні прокуратури було також приділено умовам та особливостям проведення атестацій. У законопроекті зазначено, що атестація прокурорів включає такі етапи: 1) складення іспиту у формі анонімного письмового тестування з метою виявлення рівня знань та умінь у застосуванні закону, відповідності здійснювати повноваження прокурора; 2) проведення співбесіди з метою оцінки відповідності прокурора вимогам професійної компетентності, професійної етики та доброчесності. Для виявлення рівня володіння практичними знаннями та навичками прокурори виконують письмове практичне завдання. У разі неуспішного проходження атестації прокурор звільняється з посади¹.

Доступ до тестування мають лише ті особи, які написали заяву визначеного зразка про фактичну згоду на звільнення у випадку нескладення тестів. У тексті заяви йдеться: «Підтверджую, що я усвідомлюю та погоджуюся, що у разі неуспішного проходження будь-якого з етапів атестації, передбаченого Порядком, а також за умови настання однієї з підстав, передбачених пунктом 19 розділу II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону (неподання заяви, неуспішне проходження атестації, відсутність вакантних посад та ін.), мене буде звільнено з посади прокурора, крім того, погоджуюсь з тим, що під час проведення співбесіди та ухвалення рішення кадровою комісією може братись до уваги інформація, отримана від фізичних та юридичних осіб (у тому числі анонімно), яка не підлягає додатковому офіційному підтвердженню»⁶. Проте у ст. 8 Закону України «Про звернення громадян» зазначено, що письмове звернення без зазначення місця проживання, не підписане автором (авторами), а також таке, з якого неможливо встановити авторство, визнається анонімним і розгляду не підлягає⁷. Можливість використання анонімної інформації передбачена вимогами ст. 53 Закону України «Про запобігання корупції», однак така інформація має бути обов'язково розглянута й перевірена⁸.

Тому можна зробити висновок про те, що такі умови проведення атестації звужують права працівників прокуратури, а це заборонено як Конституцією, так і європейськими стандартами. Взяття до уваги анонімних скарг на прокурорів може призвести до зловживання таким правом з боку інших осіб.

Згідно з новим проектом Закону України «Про прокуратуру» досить великий обсяг повноважень надається Генеральному прокурору, що суперечить вимогам Венеціанської комісії, які були поставлені перед Україною у 2013 р., коли готувався новий закон «Про прокуратуру». До того ж на Генерального прокурора перекладено велику частину функцій унаслідок зупинення діяльності Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів та Ради прокурорів України рівно на два роки. Зокрема, він отримує право ліквідувати та реорганізувати окружні та обласні прокуратури; затверджувати стратегію розвитку прокуратури; систему оцінювання якості роботи прокурорів; порядок вимірювання та регулювання навантаження на прокурорів; порядок розгляду звернень щодо неналежного виконання прокурором, який обіймає адміністративну посаду, посадових обов'язків, встановлених для такої посади; затверджувати порядок проведення добору кадровими комісіями на зайняття вакантної посади прокурора; визначати порядок заміщення тимчасово вакантних посад прокурорів в органі прокуратури; призначати осіб на адміністративні посади в Офісі Генерального прокурора та на посаду керівника обласної прокуратури (за схваленням Комісії з добору керівного складу органів прокуратури); визначати порядок розгляду дисциплінарних скарг кадровими комісіями про вчинення прокурором дисциплінарного проступку та здійснення дисциплінарного провадження; визначати порядок прийняття рішення кадровими комісіями за результатами дисциплінарного провадження і за наявності підстав, передбачених Законом «Про прокуратуру», про накладення на прокурора дисциплінарного стягнення або рішення про неможливість подальшого перебування особи на посаді прокурора^{1,2}.

Таким чином, у руках Генерального прокурора зосереджується необмежене коло повноважень, що може призвести до зловживання цією особою своїм посадовим становищем.

Висновок. Підбиваючи підсумки проведеного аналізу, можна зробити висновок про те, що на сьогодні уряд та парламент України робить вагомі кроки у напрямі реформування органів прокуратури, як це повинно бути у демократичній, правовій державі, в якій панує верховенство права. Та попри очевидну важливість, реформа системи органів прокуратури має низку суттєвих ризиків. По-перше, звільнення працівників у зв'язку із ліквідацією чи реорганізацією структурних органів прокуратури та зменшенням максимальної кількості працівників до 10000 осіб може призвести до перенавантаження тих осіб, які залишаться у системі.

Більше того, процедура їх звільнення створює ряд суперечностей та не збігається з вимогами європейського законодавства та законодавства України. По-друге, велику роль у формуванні нової, якісної та ефективної системи органів прокуратури відіграватиме проведення атестації. Тому важливим є усунення тих недоліків, які у майбутньому спричинять негативний вплив на проведення такої процедури. По-третє, суворого контролю потребує виконання Генеральним прокурором своїх завдань, оскільки у його руках зосередилося необмежене коло повноважень, що може призвести до зловживання цією особою своїм посадовим становищем. Та одним із основних завдань, яке мало б стояти на першому місці при створенні й втіленні реформи щодо прокуратури, є організація і проведення цієї реформи таким чином, щоб вона не паралізувала роботу прокуратури.

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури: Закон України від 19.09.2019 р. № 113-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/113-20>

² Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII (редакція від 20.03.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>

³ Персональний сайт Матіоса А.В. URL: <https://matios.info/uk/>

⁴ Конституція України: Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

⁵ Кодекс законів про працю України: Кодекс України; Закон, Кодекс від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>

⁶ Заява про переведення на посаду прокурора в окружній прокуратурі та про намір пройти атестацію. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/TF032082.html

⁷ Про звернення громадян: Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>

⁸ Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>

Резюме

Костенко І.В., Огієвич С.М. Теоретико-правовий аналіз прогалин у реформуванні системи органів прокуратури.

За основу дослідження ми взяли проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури», а саме зміни, що безпосередньо стосуються Закону України «Про прокуратуру». У статті ми виокремили положення законопроекту, які не відповідають законодавству України та є недостатньо обґрунтованими, здійснили поглиблений аналіз таких законодавчих приписів. У ході дослідження було виявлено, що реформа прокуратури містить значну кількість недоліків та потребує суттєвого доопрацювання.

Ключові слова: система органів прокуратури, реформа, Офіс Генерального прокурора, скорочення апарату, атестація.

Резюме

Костенко І.В., Огієвич С.М. Теоретико-правовой анализ пробелов в реформировании системы органов прокуратуры.

За основу исследования мы приняли проект Закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно первоочередных мер по реформе органов прокуратуры», а именно изменения, непосредственно касающиеся Закона Украины «О прокуратуре». В статье мы выделили положения законопроекта, которые не соответствуют законодательству Украины и недостаточно обоснованы, провели углубленный анализ таких законодательных предписаний. В ходе исследования было выявлено, что реформа прокуратуры имеет значительное количество недостатков и требует существенной доработки.

Ключевые слова: система органов прокуратуры, реформа Офис Генерального прокурора, сокращение аппарата, аттестация.

Summary

Irina Kostenko, Sofia Ogievich. Theoretical and legal analysis of lacunae in reforming the prosecution authorities system.

As a basis for the study, we have taken the draft Law “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Priority Measures for the Reform of the Prosecutor’s Office”, namely the amendments directly related to the Law of Ukraine “On the Prosecutor’s Office”. In the article we have distinguished the provisions of the draft law, which are not in compliance with the legislation of Ukraine and are not sufficiently substantiated. They were renamed structural bodies (the Prosecutor General’s Office – to the Attorney General’s Office; regional prosecutor’s offices – to the regional; local – to the district), as this would allow the dismissal of employees of such bodies on the basis of liquidation or reorganization of the relevant structure. This includes the elimination of military prosecutors’ offices, which is unjustified in the conditions of military aggression in the east of Ukraine and the mass violation of fundamental human rights and freedoms by the ill-treatment, torture and murder of prisoners and civilians. The article also examines the procedure of performance appraisal and identifies the difficulties that will arise in its implementation, in particular in connection with the consideration of anonymous complaints against prosecutors, which may lead to misuse of their submission. The study found that the dismissal of prosecutors through the liquidation or reorganization of structural bodies will not comply with some of the provisions of the legislation of Ukraine. Analyzing the situation arising from the adoption of the draft Law “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Priority Measures for the Reform of the Prosecutor’s Office”, it can be noted that an unlimited range of powers will be concentrated in the hands of the Prosecutor General, which may lead to abuse of his office. person. In the course of the study, it is fully justified that the reform of the Prosecutor’s Office has a significant number of shortcomings and needs substantial revision.

Key words: system of prosecuting authorities, reform, Attorney General’s Office, reduction of apparatus, attestation.

Т.А. КОСТЕЦЬКА

*Тетяна Анатоліївна Костецька, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-3841-4925

**УНІТАРИЗМ І НОВА ПАРАДИГМА ДЕРЖАВНОЇ
ІНФОРМАЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ**

Постановка проблеми у заявленому контексті є виправданою і актуальною не тільки з потреб доктринального походження. Об'єктивно коло питань, що становлять сформульовану проблематику, зумовлених рядом змін у реаліях політико-правового життя держави і українського суспільства, потребують першочергового вирішення, є досить широким і багатограним.

Серед таких конкретно окреслених напрямів для вітчизняної юридичної науки є, зокрема, вироблення нової парадигми раціональної, ефективної територіальної, просторової організації публічної влади в умовах українського унітаризму з використанням світового і вітчизняного досвіду.

Водночас науково підтверджено, що практика світового конституціоналізму досі ще не виробила єдиного стандарту організації публічної влади у демократичній, правовій державі.

Унітаризм, як конституційно-правовий феномен, як один із основоположних принципів конституційного ладу (ч. 2 ст. 2 Основного Закону України), за обґрунтованою думкою, є теоретичним відображенням політичної, соціально-економічної, екогуманістичної, інформаційної та національної безпекової стратегії та практики розвитку українського народу і української державності, об'єктивно виступає своєрідним плацдармом для впровадження унітаристської ідеології в конституційно-правове життя і суспільні відносини¹.

Реалії інтенсивної трансформації цивілізаційних процесів розвитку, існуючих тенденцій у багатьох державах світу, у тому числі й в Україні, де, зокрема, має місце багаторічний політичний, науковий дискурс щодо найбільш дієвої для держави форми державної організації влади – унітарної чи федеральної, ставлять перед дослідниками складні наукові завдання і потребують нових підходів до їх вирішення.

Аналіз напрямів досліджень та публікацій останнього періоду свідчить, що розробці різних аспектів проблем унітарної форми державно-територіального устрою присвячено чимало наукових праць як зарубіжних, так і вітчизняних дослідників. Теоретичним підґрунтям для висвітлення заявленої проблематики є наукові праці О. Баганова, А. Гетьмана, А. Глазиріна, А. Колодія, В. Кравченка, І. Кресіної, В. Міщука, Н. Мяловицької, В. Погорілка, О. Стойко, С. Телешуна, В. Федоренка, В. Шаповала та ін.

В умовах, коли розвиток інформаційно-комунікаційних технологій, інформаційних ресурсів, інформаційної інфраструктури тощо значною мірою впливають на життєздатність сучасних націй, реалізацію державних інтересів, ступінь захисту від інформаційних впливів, інформаційна складова набуває дедалі більшої ваги, виключної актуальності для будь-якої сучасної держави.

У контексті потреби вироблення принципово нової стратегії входження українського суспільства в трансграничний простір, інтеграції у міжнародні телекомунікаційні мережі, освоєння міжнародних стандартів інформаційного обміну та захисту інформації, в умовах жорсткої міжнародної конкуренції, а також складної ситуації, зумовленої збройною та інформаційною агресією, як ніколи, актуалізується теоретико-прикладна проблема розроблення нової парадигми державної інформаційної політики, її правового регулювання.

Слідуючи визначеній тематиці роботи, є усвідомлення того, що продуктивним може стати комплексний аналіз впливу форми державно-територіального устрою на реалізацію її інформаційної політики, дієвість здійснення тих чи інших функцій державою.

Такий науковий підхід, на наш погляд, може стати не тільки важливою науковою проблемою в об'єктивному процесі формування національної доктрини унітаризму, а й концептуально її збагатить.

Так само можна вести мову в контексті розроблення концептуально нового підходу до формування концепту державної інформаційної політики. Йдеться про взаємний вплив в даному випадку унітарного розвитку держави і її інформаційної політики, наслідок чого виособлюються її цілі, методи, способи її здійснення тощо.

Розробкою окремих аспектів державної інформаційної політики, зокрема, забезпечення інформаційної безпеки займаються такі, наприклад, вчені-юристи, як: І. Арістова, К. Беляков, В. Брижко, О. Довгань, Б. Кормич, А. Марущак, О. Олійник, І. Сопілко та ін. Не відкидаючи значущості доробку вітчизняних правознавців у названому напрямі, припускаємо, що на сьогодні системні засади формування концепції відповідної політики, її правового регулювання всебічно не визначені.

Чималий масив досліджень стосується формування та реалізації державної інформаційної політики, що здійснювалась у минулі роки при відносно стабільній для України зовнішньо- та внутрішньополітичній

ситуації, тоді як нинішні реалії фактичної інформаційної війни проти українського суспільства вимагають пошуку нових засобів державного регулювання інформаційної сфери.

Що стосується порушених у даній роботі проблем, пов'язаних, зокрема, з особливостями здійснення державної інформаційної політики в унітарній державі, слід констатувати, що вони не отримали ґрунтового аналізу у юридичній літературі. Існують окремі напрацювання у вітчизняній політичній науці щодо функціонування інформаційно-комунікативних систем у суспільствах з різними політичними системами².

Мета статті – висвітлення проблематики вдосконалення теоретико-правових засад інформаційної політики держави в сучасних умовах, формулювання деяких концептуальних засад її сутності, змісту, її значення для поглиблення доктринальних засад сучасного унітаризму як конституційно-правового інституту.

Основні результати дослідження. Новітні виклики і загрози зумовлюють і потребують посилення ролі будь-якої держави у функціонуванні національного інформаційного простору, вироблення і реалізації комплексної концепції його розвитку.

Доведено, що суверенітет держави нерозривно пов'язаний із її інформаційним суверенітетом, значення захисту якого у зв'язку з інтенсифікацією інформаційних впливів глобального інформаційного простору на національні інформаційні ресурси зростає. Свого часу Законом України від 4 лютого 1998 р. «Про національну програму інформатизації» (Відомості Верховної Ради України. 1998. № 27–28. Ст. 181) інформаційний суверенітет держави було визначено як здатність держави контролювати й регулювати потоки інформації з-поза її меж з метою додержання законів України, прав і свобод громадян, гарантування національної безпеки (ст. 1).

Зауважимо, що у сучасний період поняття державного суверенітету в інформаційній сфері перебуває в процесі трансформації: на заміну концепції суверенітету як функції контролю і регулювання інформаційних потоків регуляторної монополії всередині держави та колективної монополії держав на участь у міжнародному процесі зовні приходять доктрина державного суверенітету як «відповідальності за захист» інформаційної безпеки³.

У сучасній вітчизняній науковій літературі інформаційний суверенітет трактується, наприклад, як інформаційна незалежність держави в частині здатності регулювання інформаційних потоків з метою забезпечення суверенітету України на всій її території, а також гарантування неупередженості (об'єктивності) інформації про неї в глобальному інформаційному просторі⁴.

Очевидно, що для України інформаційний напрям державної діяльності вже тривалий період стає стійким і постійним, реальним, значимість якого в перспективі буде тільки посилюватися⁵.

Доведено, що сутність держави виявляється не стільки в меті та завданнях, що ставляться чи декларуються, а в діяльній стороні аспекті. Йдеться про формування та реалізацію ефективної інформаційної політики держави, яка є ідеологічно-правовою основою її інформаційної функції. Юридичне регламентування комплексного інституту інформаційної політики забезпечило підґрунтя об'єктивізації такої потенційної функції, якою стала інформаційна функція, в реально здійснювану діяльність Української держави.

Держава конституційно зобов'язана забезпечувати в межах наявних у неї форм, засобів встановлених насамперед на конституційному рівні цілого кола інформаційних прав людини і громадянина, гарантувати рівень інформаційної безпеки (визначальними є положення ст. ст. 17, 31, 32, 34 Основного Закону України). Саме інформаційна політика, за висловом науковців, стає основним засобом вираження позиції держави і управління соціальними процесами під час переходу нашої країни в іншу формацію – до інформаційного суспільства.

Слід сказати, що ступінь розбудови подібного суспільства для України у вже визначених на законодавчому рівні параметрах (ст. 1 Закону України «Про основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» від 9 січня 2007 р., який на черговому етапі проведення інформаційної політики став спробою комплексного підходу до вирішення проблем) є показником у сучасному співтоваристві реальної оцінки будь-якої держави, її розвитку у всіх напрямках. Без розширеної аргументації, оскільки це предмет для окремого аналізу, можна припустити, що ефективніше, на наш погляд, такі процеси здійснюються в умовах унітарної держави.

У реаліях, коли новітні інформаційні технології вивели суспільні комунікації на принципово інший рівень, коли для України першочерговими завданнями є, в тому числі, захист національних інтересів в інформаційній сфері, чимало існуючих проблем залишаються нерегульованими, невирішеними, в тому числі і на правових засадах. Типова ситуація не змінюється вже довготривалий період⁶.

Недоліки формування та реалізації державної інформаційної політики, іноді її фактична відсутність у багатьох напрямках функціонування інформаційних відносин, в тому числі протидії інформаційним війнам, відсутність системного і комплексного підходу до нормативно-правового забезпечення відповідних процесів, а також до прогнозування зовнішніх та внутрішніх загроз її національній безпеці, вироблення стратегії входження українського суспільства в трансграничний інформаційний простір тощо неодноразово були предметом висвітлення вітчизняних юристів, представників суміжних наук.

Сьогодні актуалізується проблема, як наголошується вченими-юристами, усвідомлення тенденції щодо необхідності розроблення концептуально нового підходу до вироблення засад формування концепції державної інформаційної політики, її правового регулювання.

На часі – повернення до розгляду у Верховній Раді та прийняття Концепції державної інформаційної політики в Україні, яка б визначала основні напрями, засади, принципи державної діяльності, механізми її реалізації, систему цілеспрямованих заходів розв'язання існуючих проблем тощо. Це б дало змогу, зокрема, сформулювати на системному рівні пропозиції до внесення змін до чинного законодавства з метою його вдосконалення.

У контексті загального завдання, мети розроблення нової парадигми інформаційної політики держави окремо слід звернути увагу на формування її понятійно-категоріального апарату: шляхом використання вже введених у науковий, нормативно-правовий обіг, можливого їх переосмислення; обґрунтування введення нових категорій. Зокрема, важливе значення мають теоретичні питання аналізу змісту досліджуваного поняття.

Чинне законодавство не містить нормативного визначення державної інформаційної політики, на відміну від первісної редакції Закону України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р., який визначав цю категорію як сукупність основних напрямів і способів діяльності держави з отримання, використання, поширення і зберігання інформації (ст. 6). Згодом законодавець відмовився від визначення поняття названої категорії, обмежившись закріпленням (в основному перенесенням з деякою модифікацією із старої редакції законодавчого акта) лише основних напрямів державної інформаційної політики (ст. 3 Закону України «Про інформацію» в редакції від 13 січня 2011 р.).

Аналіз джерельної бази свідчить про відсутність єдиного методологічного підходу при визначенні дефініції державної інформаційної політики. Зокрема, у сучасній вітчизняній літературі окремі науковці визначають названу категорію як діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування, суспільних інституцій і громадських об'єднань та створення ними засобів масової комунікації, спрямованої на вироблення й реалізацію правових, політичних та економічних умов функціонування інформаційної системи, що впливають із сукупності цінностей українського суспільства⁷. Інші зводять її до поняття інформаційної (інформаційно-комунікативної) функції⁸.

Постановка питання про взаємовплив, зокрема, форми державно-територіального устрою і державної інформаційної політики, зумовлює сутнісний аналіз ще таких категорій – «інформаційна сфера» та «інформаційний простір», широкоживаних у спеціальній науковій літературі, сприйнятих як легальних, без нормативно-правового їх тлумачення на рівні дефініції.

При цьому нагадаємо, що складовими, в даному випадку, сучасного унітаризму є такі поняття, як «державний устрій», «державно-територіальний устрій», «територіальна організація влади», в розуміння яких концептуально закладений т.зв. просторовий вимір організації держави.

У сучасних дослідженнях інформаційна сфера здебільшого визначається, зокрема, як «...предметно-територіальний, системно-структурний та юрисдикційний простір...»⁹, здійснення певної інформаційної діяльності.

Не заперечуючи методологію подібного підходу і підкреслюючи існуючу наукову тенденцію щодо визначення змістовного наповнення названого явища через згаданий вище в іншому контексті «просторовий вимір», допустимо, що він може стати продуктивним щодо аналізу інформаційно-функціональної складової парадигми сучасного унітаризму.

Вищенаведене у підсумку дає змогу зробити висновок, що заявлена проблематика є досить складною, багатогранною і, безумовно, заслуговує на подальше розроблення, наукове осмислення комплексу проблем, пов'язаних із розробкою та втіленням у життя державної інформаційної політики, її правовими засадами. Поглибленого теоретичного аналізу потребують також питання взаємовпливу форми державно-територіального устрою на здійснення державою інформаційної діяльності в умовах такого феномена, яким є інформаційне суспільство.

¹ Батанов О.В. Конституційно-правова регламентація територіальної організації публічної влади в Україні в контексті доктрини унітаризму. URL: <http://maup.com.ua/assets/files/expert/7/2.pdf> (дата звернення: 15.06.2020).

² Бондар Ю.В. Становлення та еволюція інформаційного простору України в процесі формування демократичної політичної культури українського суспільства: автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.03. Київ: Нац. пед. ун-т ім. М.П. Драгоманова. 2010. С. 8–9, 13.

³ Пазюк А.В. Міжнародно-правове регулювання інформаційної сфери (теоретичні і практичні аспекти): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2016. С. 29.

⁴ Довгань О.Д. Теоретико-правові основи забезпечення інформаційної безпеки України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2016. С. 28–29.

⁵ Костецька Т.А. Інформаційна функція держави: конституційні та інституційні аспекти. *Державо і право: зб. наук. праць. Юрид. і політ. науки*. Київ, 2010. Вип. 47. С. 113–119.

⁶ Сопілко І.М. Правове регулювання державної інформаційної політики у сфері європейської та євроатлантичної інтеграції. *Порівняльно-аналітичне право*. Київ, 2014. № 2. С. 256–258. Костецька Т.А. Актуальні питання взаємовідносин органів публічної влади та інститутів громадянського суспільства (комунікативні аспекти). *Правова держава. Щорічний збірник наукових праць*. Київ, 2017. Вип. № 28. С. 190, 194–195.

⁷ Нестеряк Ю.В. Державна інформаційна політика України: теоретико-методологічні засади: монографія. Київ: НАДУ. 2014. С. 50.

⁸ Інформаційна складова державної політики та управління: монографія / за заг. ред.: Грицяк Н.В. К. К.І.С. 2015. С. 34.

⁹ Заярний О.А. Адміністративна деліктологія в інформаційній сфері: проблеми теорії і практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2018. С. 8.

Резюме

Костецька Т.А. Унітаризм і нова парадигма державної інформаційної політики України.

Обґрунтовується доцільність розроблення нового концепту політики держави в інформаційному просторі, її правового регулювання. Звертається увага на взаємозв'язок державної інформаційної політики і державної інформаційної функції. На підставі аналізу положень чинного законодавства, спеціальної літератури вказується на існуючі проблеми понятійно-категоріального апарату досліджуваної тематики, необхідність його вдосконалення.

Ключові слова: державний устрій, унітаризм, національний інформаційний простір, інформаційна сфера, інформаційна політика держави.

Резюме

Костецкая Т.А. Унитаризм и новая парадигма государственной информационной политики Украины.

Обосновывается целесообразность разработки нового концепта государственной политики в национальном информационном пространстве, ее правового регулирования. Обращается внимание на взаимную связь государственной информационной политики и информационной функции государства. Отдельно указывается на проблемы понятийно-категориального аппарата исследуемой тематики, необходимость его усовершенствования.

Ключевые слова: государственное устройство, унитаризм, национальное информационное пространство, информационная сфера, информационная политика государства.

Summary

Tetiana Kostetska. Unitarism and a new paradigm of the Ukraine state information policy.

The article purpose is to highlight the issue of improving the theoretical and legal foundations of state information policy in modern conditions, to formulate some conceptual foundations of its essence, content as a complex legal institution. And also to deepen the doctrinal grounds of modern unitarism as a constitutional and legal institution.

Some aspects of the influence of the state-territorial organization form on the implementation of state information policy are considered.

The need to develop a fundamentally new strategy for the entry of Ukrainian society into the cross-border space, integration into international telecommunications networks, development of international standards of information exchange and information protection is emphasized.

The expediency of developing a new paradigm of state information policy, its legal regulation is substantiated.

Attention is paid to the relations between state information policy and state information function.

Deficiencies in the formation and implementation of the national state information policy are analyzed separately. These are: the actual lack of information relations in many areas, including countering information wars against Ukraine.

It is said about the lack of a systematic and comprehensive approach to regulatory and legal support of information policy measures and other shortcomings of the modern state policy strategy.

Based on the analysis of the current legislation provisions, special literature, attention is paid to the problems of the conceptual and categorical apparatus of the researched subject, the need for its improvement.

In particular, it is an analysis of the content of such key categories as “state information policy”, “information sphere”, “national information space”. Methodological approaches to the essential characteristics of these concepts differ both in domestic special literature and in foreign. This issue has extremely practical significance

Key words: state system, unitarism, national information space, information sphere, state information policy.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.35

УДК 342.98: 347.962.1

Л.В. ТРОФІМОВА

*Лариса Віталіївна Трофімова, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник НТУ «Дніпровська політехніка»**

ORCID: 0000-0002-6768-9290

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЯКОСТІ КВАЛІФІКАЦІЙНОГО ОЦІНЮВАННЯ СУДДІВ

*Оцінка – це найгостріший інструмент, використання якого потребує величезного вміння і культури.
В. Сухомлинський*

Постановка проблеми. Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їх державами-членами, з іншої сторони (ратифікованої Законом України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII) передбачено здійснення заходів, спрямованих на активізацію обміну інформацією, практикою та досвідом, для заохочення більш тісного співробітництва в галузі професійно-технічної освіти та навчання, зокрема з метою: створення національних механізмів для покращення прозорості та визнання кваліфікацій та компетенцій, використовуючи, коли це можливо, досвід ЄС (ст. 432). Згідно зі ст. 347 цієї Угоди та п. 1461 Плану заходів з виконання Угоди (постанова КМУ від 25 жовтня 2017 р. № 1106) передбачено здійснення заходів імплементації стандартів та методик INTOSAI. У Звіті про результати аудиту ефективності використання бюджетних коштів на забезпечення діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (далі – ВККСУ), затвердженого рішенням Рахункової палати від 25 червня 2019 р. № 14-3 зазначено, що «результативні показники паспортів бюджетної програми за

© Л.В. Трофімова, 2020

* *Larysa Trofimova, Ph.D. in Law, Associate Professor, Senior Researcher of Dnipro Polytechnic National Technical University*

КПКВК 0501020 у 2017–2019 роках не у повній мірі висвітлювали *кількісні і якісні* характеристики результатів, оскільки в основу їх планування не покладено принцип аналітичного дослідження на підставі комплексу наявних статистичних даних та порівняння у звітному періоді таких даних з даними попередніх аналогічних періодів; характеристики реалізації напряму використання бюджетних коштів щодо забезпечення виконання функцій та завдань ВККСУ не характеризували динаміку досягнення мети та виконання завдань бюджетної програми, що не сприяло досягненню стратегічної цілі бюджетної програми з формування ефективного системи правосуддя та підвищення якості правосуддя за належної взаємодії органів судової системи, зокрема ВРП, ВККСУ та ДСА України з питань удосконалення кадрового планування у судовій системі. Фактичне їх виконання згідно з затвердженим паспортом показниками несе ризики забезпеченню об'єктивного процесу кваліфікаційного оцінювання суддів, так як встановлює певні маркери для членів Комісії, що може впливати на результати їх діяльності (затвердження у паспортах бюджетної програми за КПКВК 0501020 на 2017, 2018 та 2019 роки результативного показника якості «частка осіб, що успішно пройшли кваліфікаційне оцінювання, у загальній кількості осіб, що проходили оцінювання» в обсязі 70 відс., 75 відс. та 80 відс. до фактичного виконання у 2017–2018 на 21,1 відс. та 49,8 відс. відповідно). ДСА України до паспорта бюджетної програми за КПКВК 0501020 включені результативні показники, що характеризують реалізацію напряму використання бюджетних коштів щодо забезпечення виконання функцій та завдань ВККСУ тільки у частині виконання повноважень з кваліфікаційного оцінювання суддів, а саме показник продукту «кількість осіб, що пройшли кваліфікаційне оцінювання» та показник якості «частка осіб, що успішно пройшли кваліфікаційне оцінювання у загальній кількості осіб, що проходили оцінювання».

Важливою складовою забезпечення якості правосуддя є своєчасне й об'єктивне оцінювання компетентності судді, результативності підвищення/підтримання кваліфікації та визначення професійної майстерності, зокрема на основі ґрунтовного аналізу скасованих рішень і розгляду скарг, виправлених описок, «шаблонного судочинства», мотивів формування окремих думок під час вирішення спорів, врахування обставин у зв'язку із відступом від попередніх висновків судів касаційної інстанції та дотримання процесуальних строків. Проблеми суб'єктивного, вибіркового підходу, що проявляються у різному ставленні до учасників кваліфікаційного оцінювання, з метою підтвердження/не підтвердження відповідності судді займаній посаді та/або проведення конкурсів під час дослідження досьє та співбесіди з боку членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, у тому числі щодо різного підходу в реагуванні на висновки та інформацію ГРД з розглядом у пленарному засіданні (без пленарного розгляду), потребують подальшого наукового аналізу і удосконалення нормативно-правового врегулювання для недопущення зловживань у праві реалізації рівних можливостей, праві бути почутим, праві на справедливий суд, праві на якісні судові послуги та адміністративні процедури із впровадженням принципів належного врядування.

Аналітики мають діаметрально протилежні позиції про застосування методики оцінювання суддів: «запроваджена якісна *процедура* кваліфікаційного оцінювання», «три роки проведення кваліфікаційного оцінювання довели його повну неефективність»¹.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У сфері судової політики та проходження публічної служби є чимало експертних і соціологічних досліджень, що проводяться вітчизняними і міжнародними інституціями, а також наукових робіт з державного управління, судоустрою, адміністративного права щодо кваліфікаційного оцінювання, проте вивчення недоліків фінансування судів, причин неефективності тривалої судової реформи, з'ясування проблемних питань вирішення спорів під час проходження служби та аналіз якості кваліфікаційного оцінювання суддів є актуальними і дотепер.

Адміністрування в органах судової влади і комунікаційну стратегію вивчають багато вчених, зокрема В.Б. Авер'янова, О.Ф. Андрійко, А.І. Берлача, А.Г. Алексеев, В.М. Бевзенко, В.Т. Білоус, П.О. Гвоздик, Р.З. Голобутовський, А.В. Городовенко, В.С. Єгорова, М.І. Козюбра, Т.О. Коломоєць, В.М. Кравчук, М.М. Логунова, М.Г. Лашкіна, В.Т. Маляренко, В.В. Молдован, О.О. Овсяннікова, М.В. Оніщук, О.М. Пасєнюк, С.М. Прилипка, С.В. Прилуцький, Н.С. Слободяник, М.І. Смокович, В.В. Федоренко, О.З. Хотинська-Нор, М.І. Цуркан, О.А. Шаповалова; характеристику форм оцінювання ефективності діяльності судів досліджував І.В. Петренко; методи і завдання оцінювання були предметом наукових розвідок у С.О. Кравченка, Л.Л. Приходченко, Д.В. Сухініна, Н.М. Терещенко; принципи оцінювання були об'єктом пізнання К. Вайс, порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання судді аналізували В.І. Шишкін, Н.Г. Шукліна; проблеми оскарження результатів кваліфікаційного оцінювання перебувають у колі наукових інтересів О.О. Кравця, О.І. Миколенка, проблемами ефективності використання бюджетних коштів у діяльності суду та реалізації фінансової політики опікувались Л.К. Воронова, О.П. Гетманець, Д.О. Гетманцев, М.П. Кучерявенко, І.Є. Криницький, О.А. Музика-Стефанчук, Ю.С. Назар, І.М. Проць, В.Д. Чернадчук; теоретичні засади психолого-педагогічної підготовки професійних суддів опрацьовані Л.Є. Зуєвою, Г.В. Савченко, А.В. Семеновою; увага до відповідальності суддів окреслена у роботах М.М. Кухти, О.М. Овчаренко, В.В. Паришкюри та багатьох інших вчених, аналітиків, експертів, практиків.

У трактаті «Категорії» засновника логіки Арістотеля (384–322 до н. е.) йдеться про якість (подібність/неподібність; справедливість/несправедливість) як одну із категорій пізнання (сутність, кількість, якість, відношення, місце, час, положення, стан, дія та страждання). Якщо змістова категорія якості є втіленням досвіду взаємодії з навколишнім світом, то мовна категорія є знаковим вираженням змістової².

Свого часу голова ВСУ Я. Романюк висловив стурбованість якістю проведення судової реформи: «головне, як саме *механізм проведення атестації суддів* буде реалізовано на практиці та чи не стане він інструментом для розправи над «неугодними» суддями, бо в ідеалі систематична атестація суддівського корпусу повинна стати дієвим стимулом до підвищення кваліфікації. Але ефективність запровадження такого механізму залежить і від того, хто саме буде проводити таку атестацію»³.

Відомі вчені І.Є. Марочкін, Л.М. Москвич, С.О. Іваницький, І.О. Русанова про статус носіїв судової влади зазначають таке: вирішення питання про просування судді по службі повинно ґрунтуватися виключно на оцінці професійних якостей і здібності судді, професійної підготовки, кваліфікації, сумлінного виконання службових обов'язків, на професійному стажі. Такі якості мають визначатися за допомогою об'єктивної оцінки професійної діяльності судді суддівським корпусом суду, в якому працює цей суддя, і на конкурсних засадах. Цей порядок повинен бути закріплений у законі і стати загальнообов'язковим⁴.

Окремі питання якості кваліфікаційного оцінювання розкриті у дисертації М.С. Орлів (2019 р.) на тему: «Механізми державного регулювання підвищення кваліфікації керівних кадрів органів влади в Україні», де вивчалися проблеми визначення результативності та ефективності підвищення кваліфікації, обґрунтовано доцільність їх аналізу з використанням методів «вигоди-витрати» та експертних оцінок; удосконалено підходи до розроблення та запровадження інструментів оцінювання й розвитку професійної компетентності керівних кадрів з урахуванням зарубіжного досвіду. У прийнятті рішень М.С. Орлів у даній науковій роботі зазначає, що раціональна модель передбачає застосування такого алгоритму: визначення мети; аналізування проблеми, її поточного стану та навколишнього середовища; розроблення альтернативних варіантів досягнення мети; визначення критеріїв та методів оцінювання альтернативних варіантів; оцінювання альтернативних варіантів та визначення оптимального рішення, проте так само, як і раціональну, інкрементальну модель критикували, зокрема, через такі недоліки: презентує консервативні суспільні погляди; передбачає суб'єктивний і ситуативний підходи до прийняття рішень без використання системи критеріїв для їх оцінювання; її застосування не забезпечує радикальних змін, що може призвести до застою або навіть стагнації. М.М. Кухта у дисертації «Конституційно-правові засади формування корпусу професійних суддів: порівняльно-правове дослідження» (2019 р.) пропонує: закріпити порядок проведення етапів кваліфікаційного оцінювання суддів таким чином, щоб дослідження досьє кандидата та проведення співбесіди були визначені як перша стадія такого процесу, успішне проходження якої мало б своїм наслідком перехід до наступного етапу – складення іспиту, позаяк встановлено, що до складення іспиту повинні допускатися тільки ті особи, досьє яких є «чистим», а результати проведеної співбесіди дають підстави вважати, що усі їх якісні характеристики відповідають критеріям та вимогам, що пред'являються до судді (кандидата на посаду судді).

Експерти Центру політико-правових реформ вважають, що кадрова політика зазнала невдачі. Відповідальні за її реалізацію органи суддівського врядування – Вища рада правосуддя (далі – ВРП) і Вища кваліфікаційна комісія суддів (далі – ВККС) – не стали агентами змін, а лише законсервували чинну систему впливів, толерування нечесної поведінки. Д. Жуков зазначає: «якщо озирнутися назад, стає очевидним, що судова реформа провалилася». Великим фіналом стало кваліфікаційне оцінювання суддів, наслідки якого по сьогоднішній день відчуваються учасниками судових справ, та запуск «нового» Верховного Суду⁵.

Вища кваліфікаційна комісія суддів не розірвала коло кругової поруки і провалила покладені на неї завдання. Потрібно змінювати правила формування цих органів, щоб наявні неформальні практики впливу не призвели до обрання членів цих органів, які будуть слугувати олігархам і політикам. Доцільно запровадити механізм перегляду результатів кваліфікаційного оцінювання суддів, щодо яких є проігноровані негативні висновки Громадської ради доброчесності. Потрібно створити механізм моніторингу доброчесності суддів, де б на них покладался обов'язок довести законність походження майна⁶.

Суддя О. Кравець, аналізуючи прогалини правового регулювання процедур оцінювання суддів з огляду на статтю М.В. Афанасьєвої «Прозорість та об'єктивність кваліфікаційного оцінювання суддів та конкурсного відбору кандидатів на посаду судді», у власному аналізі «Вдосконалення процедури кваліфікаційного оцінювання суддів та посилення авторитету правосуддя» зазначає про необхідність інституційних змін, визнає незабезпечення вимог Громадською радою доброчесності, що стало свідченням неефективності її роботи та недостиження результатів оцінювання задекларованій меті, вважає онлайн-трансляції співбесід кваліфікаційного оцінювання діючих суддів такими, що скоріше, шкодять авторитету правосуддя⁷.

У контексті якісного оцінювання чеснот людини, розвитку особистості, поваги до прав людини й основоположних свобод доцільно згадати переконання давньогрецького філософа Фукідида (бл. 460 до н. е. – бл. 396 до н. е.): «якби вони дійсно були люди порядні, як вони це стверджують про себе, то, надавши свою справу на вирішення суду, вони могли би довести свою правоту (*правість, правдивість, чесність*) тим очевидніше, ніж складніше вона помітна для інших. Похвали гідні ті люди, які, за властивостями єства людського у стремлінні до влади над іншими, виявляються більш справедливими, ніж могли би бути за наявною в їх розпорядженні силі. Здавалося б недостатнім ставити оцінку доблесті (*αγαθός*) багатьох людей у залежність від однієї людини на тій підставі, що йому все одно повірять, чи добре він скаже чи не цілком добре»⁸.

С. Глущенко вважає, що доброчесність у розумінні обов'язку особи, яка є суддею або має намір ним стати, а також усвідомлення особою власного морально-психологічного портрета є багатовекторною та розкривається кризь три призми: «я»; «я і суспільство»; «я і держава». Справедливість виражається в застосуванні норм через конкретного носія – його обов'язок, честь і совість, що формує такий алгоритм: виконання професійних обов'язків відповідно до закону через регламентацію конкретних дій за допомогою етичних норм, які вважаються стандартами правової культури, основаної на найважливіших моральних принципах⁹.

Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися у працях учених, практиків, експертів, аналітиків, зокрема щодо виправлення недоліків та недопущення зловживань: «Комісія може мати безпосередній доступ до усіх баз даних, що значно спрощує та покращує *якість* перевірки суддів; ВККС проігнорувала вимоги громадськості та заявляла, що процес перевірки суддів відбувається якісно та відповідно до цілей судової реформи; Комісія таки визнала неможливість забезпечити навіть своєчасне оновлення досьє (не кажучи про їх якісне опрацювання), але продовжує проводити оцінювання без будь-яких змін; Члени Комісії не перевіряють інформацію, яку надають судді під час співбесіди та не вживають заходів для отримання

додаткової інформації про доходи суддів»¹⁰; судовий плагіат під час судових процесів не можна ігнорувати¹¹; результати кваліфікаційного оцінювання кандидатів викликають запитання щодо коректності застосованої методики оцінювання та підрахунку балів у частині однакового розуміння і застосування кожним членом ВККС (і органом – в цілому) запропонованої ними самими методики оцінювання; широке коло дискреційних повноважень створює певні передумови можливого «зловживання (не обов'язково – умисного чи корупційного) довірою» з боку ВККС або ж проявам непрофесіоналізму у реалізації таких повноважень¹²; Комісія, як правило, не розкриває змісту інформації щодо невідповідності суддів критеріям доброчесності та професійної етики¹³; діяльність ВККС щодо проведення кваліфікаційного оцінювання для підтвердження відповідності судді займаній посаді викликала багато нарікань з боку учасників (суддів) такого кваліфікаційного оцінювання. Відсутність чітких вимог щодо дотримання ВККС під час проведення кваліфікаційного оцінювання принципів відкритості й доступності інформації призводить до того, що створюються умови для грубих порушень з боку ВККС принципів неупередженості, об'єктивності і повного з'ясування обставин, що закріплені у п. 1 Розділу I Регламенту ВККС, а це, у свою чергу, створює умови для свавілля та маніпулювання цифрами з боку ВККС між етапами процедури кваліфікаційного оцінювання судді¹⁴; адвокат А. Смирнов переконаний, що Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія суддів України є непрозора і повністю підконтрольна адміністрації президента¹⁵; новообраний Президент України В. Зеленський вважає, що «судова система не працює справедливо» і зазначив: «Через недолугу судову реформу ми не отримали переважанення судової влади і оновлення – навпаки, влада робила все, щоб судді залежали тільки від неї»¹⁶; дискреція на межі свавілля¹⁷ надання ВККС статусу постійно діючого органу в системі вітчизняного судоустрою забезпечує стабільне, своєчасне та якісне наповнення судів професійними кадрами¹⁸.

Статистичні спостереження, наукові розвідки й експертні дослідження, судова практика виявляють не тільки потребу оновлення суддівського корпусу, а й усунення надмірного і невинного формалізму, суб'єктивізму у реалізації повноважень із надання якісних послуг, здійснення адміністративних процедур з метою забезпечення справжньої якості кваліфікаційного оцінювання щодо обґрунтування відповідності/невідповідності судді (кандидата на посаду) критеріям професійної компетентності, етики та доброчесності.

Формулювання мети статті. Виходячи з таких міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб запропонувати шляхи вирішення проблем кваліфікаційного оцінювання суддів за результатами власного теоретичного дослідження. У статті розкриваються окремі питання забезпечення якості кваліфікаційного оцінювання під час підтвердження відповідності судді займаній посаді (кандидата на посаду) із дослідження досє та проведення співбесіди членами ВККСУ на основі аналізу положень чинного законодавства України і правозастосування.

Виклад основного матеріалу. Правова політика, ціннісні виміри, прагнення правопорядку, чесноти кожної людини, захист прав особи мають бути мірилом в об'єднанні зусиль усіх членів суспільства на утвердження принципів правладдя і належного врядування, розбудови незалежного суду, реалізації рівних можливостей розвитку особистості, а також оптимального використання публічних ресурсів співмірно до цілі державної політики – утвердження в Україні принципу верховенства права, мети бюджетної програми – забезпечення верховенства права та захисту прав і свобод людини через формування доброчесного, високопрофесійного та незалежного корпусу суддів (бюджетна програма 5981010 (КПКВКДБ) 0330 (КФКВК) – забезпечення засад функціонування незалежної судової влади)¹⁹.

Кабінет Міністрів України 18 грудня 2018 р. розпорядженням № 1102-р затвердив нову редакцію Стратегії реформування державного управління України та плану заходів на 2019–2021 роки, схвалених розпорядженням КМУ від 24 червня 2016 р. № 474, де проблемою визнано відсутність єдиних правил чи критеріїв щодо організаційного забезпечення реалізації державної політики, а результатом реалізації Стратегії повинна стати більш ефективна та підзвітна громадянам система державного управління, що працює в інтересах суспільства, забезпечує сталий розвиток країни та надає якісні послуги.

У Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки (Указ від 20 травня 2015 р. № 276/2015) йдеться про відсутність механізмів оперативного вирівнювання навантаження на суддів знижує якість правосуддя; впровадження якісної системи постійно діючої підготовки і підвищення кваліфікації; оцінку рівня довіри експертного середовища до судової системи; показники оновлення кадрового складу судових органів; малорозвинені механізми моніторингу та оцінювання; оцінювання суддів за однаковими прозорими критеріями; запровадження інструментів і методології для оцінки функціонування судової системи відповідно до стандартів Ради Європи.

Перезавантаження судової системи – на сьогодні досить болюча тема для України. Є два чинники: доступ до правосуддя і справедливості правосуддя²⁰.

Економічність, ефективність, продуктивність, результативність, цілеспрямованість оцінювання вибіркового, внутрішнього (самооцінювання), зовнішнього, моніторингового, підготовчого, первинного, попереднього, проміжного, підсумкового, повторного, періодичного, тематичного, цільового/нецільового (отримання побічних ефектів, наслідків, вражень) залежить від поставленої мети, засобів та інструментів реалізації, критеріїв (орієнтирів), застосованих принципів, культури взаємодії і комунікування, обраних методів (однотипність, порівняння ризиків, кількісний, якісний, вибору альтернатив, співмірність обмежень і навантажень у відповідний проміжок часу, аналіз помилок/відхилень) та ставлення. *Зовнішній вплив оцінювання відчувають спостерігачі, споживачі, організатори, особи, які сприяють проведенню процедури та учасники, які отримують імпульс для змін, можливість проаналізувати правомірність проведених процедур, аналізують інформацію для врегулювання проблемних питань, мають інтерес зворотного реагування. Внутрішній вплив оцінювання відчувають учасники, які перебуваючи в умовах контролю, підзвітності та стресостійкості, роз-

раховують на двосторонню справедливість і добросовісність у цілеспрямованій процедурі, здійсненій з проявом взаємоповаги, неупередженості, прозорості, об'єктивності, достовірності й достатності застосування показників.

Оскільки складною є андрогогічна проблема справедливого оцінювання дорослих і очевидно – потреба розробки науково обгрунтованої і експертно вивіреної компромісної ефективної моделі кваліфікаційного оцінювання суддів як носіїв судової влади і осіб з особливим публічним статусом, то доцільно унормувати методи оцінювання, залучивши усіх заінтересованих осіб до активного обговорення й підготовки альтернативних варіантів. Цінність оцінювання проявляється у функціях: розвиваючо-виховній, діагностико-коригуючій, прогностичній, контролюючій, стимулюючо-мотиваційній (спонукальній до вибору), управлінській.

У Висновку КРЄС № 17 (2004) «Про оцінювання роботи суддів, якості правосуддя та повагу до незалежності судової влади» зазначено про компетентні суди, які складають рішення найвищої якості. Індивідуальне оцінювання суддів належить до питань захисту незалежності судової влади і шляхів підвищення й підтримання якості та ефективності діяльності судових систем.

Якість – сукупність характеристик властивостей об'єкта, що стосуються його здатності задовольнити установлені й передбачені потреби (наказ Держкомзв'язку «Про встановлення рівня якості послуг проводомовлення» від 14 вересня 2001 р. № 133); сукупність характеристик продукції або послуги, що стосуються її здатності задовольнити встановлені та передбачувані відповідно до її призначення потреби (наказ Міністерства транспорту та зв'язку від 5 липня 2010 р. № 430); ступінь, до якого сукупність власних характеристик задовольняє вимоги (наказ Державного комітету ядерного регулювання від 30 червня 2004 р. № 113; наказ Мінтрансу від 1 липня 2004 р. № 564).

Оцінка – процес оцінювання компетентності органу з оцінки відповідності у визначеній сфері акредитації (Закон України «Про акредитацію органів з оцінки відповідності» від 17 травня 2001 р. № 2407-III); систематичне вивчення впливу на досліджуваній об'єкт/процес, а також дослідження процесу реалізації заходів або їх наслідків для розробки рекомендацій з подальшої оптимізації діяльності, підвищення її ефективності та результативності (накази МОН від 28 вересня 2012 р. № 751, від 28 жовтня 2010 р. № 918); визначення вартості майна (постанова КМУ «Про затвердження Методики оцінки вартості майна під час приватизації» від 15 серпня 1996 р. № 961).

У наказі Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження Порядку оцінки та підвищення якості внутрішнього аудиту в системі Міністерства охорони здоров'я України» від 5 червня 2013 р. № 474 визначено: **зовнішня оцінка якості** – аналіз та оцінка функціонування системи внутрішнього аудиту в Міністерстві охорони здоров'я України, що проводиться Міністерством фінансів України, щодо відповідності вимогам нормативно-правових актів у сфері внутрішнього аудиту, а також надання рекомендацій щодо удосконалення системи внутрішнього аудиту; **внутрішня оцінка якості** – процес аналізу діяльності з внутрішнього аудиту в Міністерстві охорони здоров'я України з метою забезпечення (гарантій) відповідності діяльності вимогам нормативно-правових актів у сфері внутрішнього аудиту, оцінки ефективності реалізації функції та визначення заходів із забезпечення та підвищення ефективності виконання підрозділом внутрішнього аудиту своїх завдань, а також реалізації функції внутрішнього аудиту в Міністерстві охорони здоров'я України загалом.

Оцінювання – **аналітичний інструмент** для визначення прямих ефектів, результативності та довгострокових наслідків реалізації державних програм, галузевої політики, програм розвитку, проектів некомерційного сектору, корпоративних програм (наказ Міністерства соціальної політики України від 7 лютого 2020 р. № 86); **виявлення впливу** програм соціальної підтримки населення на добробут і самопочуття окремих груп населення в цілому, вимірювання соціальних результатів, що здійснюється шляхом аналізу зміни рівнів бідності (спільний наказ Міністерства соціальної політики України, Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, Мінфіну, Державної служби статистики України, Національної академії наук «Про затвердження Методики проведення моніторингу та оцінювання ефективності програм соціальної підтримки населення» від 12 березня 2013 р. № 114/242/392/85/85).

Оцінювання – **це дослідження, яке визначає стан виконання й наслідки надання послуги за якісними та кількісними показниками**, відповідність встановлених цілей результатам, а також результативність, продуктивність та ефективність надання послуг і діяльності влади²¹.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців» від 23 серпня 2017 р. № 640 передбачено: метою оцінювання є визначення якості виконання державним службовцем поставлених завдань, що проводиться з дотриманням принципів об'єктивності, достовірності, доступності та прозорості, взаємодії та поваги до гідності.

Європейською хартією про закон «Про статус суддів» від 10 липня 1998 р. закріплено, що норми Закону, які регулюють підбір і відбір суддів незалежним органом або колегією, за основу вибору кандидатів беруть їх здатність вільно й неупереджено оцінювати правові питання, які будуть передаватися їм на розгляд, і застосовувати закон, не обмежуючи (применшуючи) почуття власної гідності особистості (із повагою до гідності людини). Закон не допускає дискримінації (п. 2.1).

У щорічній доповіді (2018 р.) Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні²² констатовано, що аналіз стану виконання розділу Плану, присвяченого попередженню та протидії дискримінації, свідчить, що основні його цілі та задачі й досі не реалізовані. Не вирішеним залишається питання законодавчого регулювання притягнення винних до відповідальності за вчинення дискримінаційних дій.

У альтернативній доповіді Центру політико-правових реформ «Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні» до третьої щорічної доповіді про стан незалежності суддів за 2019 р., що оприлюднена

Вищою радою правосуддя у 2020 р., йдеться про те, що одним із прикладів невдалої імplementації судової реформи, що відбувалася у 2016–2019 рр., є кваліфікаційне оцінювання суддів; члени ВККС *неоднаково* підходили до оцінки аналогічних фактів (недекларування майна); використання механізму кваліфікаційного оцінювання для посилення залежності суддів; формування нової ВККС було заблоковано, внаслідок чого процедури добору нових суддів і кваліфікаційного оцінювання суддів зупинилися на невизначений строк²³.

Відповідно до частини першої ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 1402-VIII кваліфікаційне оцінювання проводиться ВККСУ з метою визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді за визначеними законом критеріями. За частиною другою цієї статті критеріями кваліфікаційного оцінювання є: 1) компетентність (професійна, особиста, соціальна тощо); 2) професійна етика; 3) доброчесність.

Велика Палата Верховного Суду у провадженні № 11-509асі18, № 11-500заі18 наголосила, що жоден інший суб'єкт чи орган, у тому числі й суд, не може втручатися у здійснення суб'єктом владних повноважень своєї компетенції, зокрема компетенції Комісії щодо оцінювання кандидатів на посаду судді у межах конкурсу на зайняття вакантних посад суддів. Велика Палата Верховного Суду погодилась з висновком Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду, що у справі № П/9901/89/18, 76811995 щодо спірного рішення, де наведені підстави та мотиви його прийняття, проте зазначила, що «вмотивованості кожного критерію та його складових, з урахуванням внутрішнього переконання кожного члена Комісії і Комісії загалом, Закон не передбачає, оскільки це є способом прийняття рішення, тобто способом реалізації владних управлінських функцій». У постановах Великої Палати Верховного Суду від 25 квітня 2018 р. у справі № 800/328/17 та від 12 червня 2018 р. у справі № 800/248/17 зазначено: встановлення відповідності кандидата на посаду судді визначеним законом критеріям, до яких належать компетентність (професійна, особиста, соціальна тощо), професійна етика та доброчесність, здійснюється членами ВККС за внутрішнім переконанням.

Як відомо, з позовами у зв'язку з проведенням конкурсів та оцінювання особи звертались до ВККСУ, зокрема через відмову в доступі до участі в конкурсі (№ 9901/940/18, 86877210; № 9901/951/18, 85412927); відмову в допуску до виконання практичного завдання (№ 9901/915/18, 84975997; № 800/145/17, 74342590); недопущення до закінчення тестування морально-психологічних якостей і загальних здібностей у межах конкурсу (№ 9901/100/19, 84573558); щодо умов проведення конкурсу (окрема думка 88401715 у справі № 9901/378/19, 87985471; № 9901/426/19, 88201507); визначення результатів практичного завдання (№ 9901/90/19, 86877154); відмови у допуску до другого етапу кваліфікаційного оцінювання «дослідження досьє та проведення співбесіди» (№ 9901/175/19, 86241668; № 9901/948/18, 88952185), проведення співбесіди і припинення участі у конкурсі (№ 9901/97/19, 84274451), визначення кількості балів за результатами кваліфікаційного оцінювання (№ П/9901/89/18, 76811995), ненадання рекомендації для переведення (№ 9901/753/18, 79684986); про зобов'язання розглянути звернення (№ 800/191/17, 74537176), а також до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України і третьої особи – Громадської ради доброчесності: про скасування рішення у пленарному засіданні про визнання таким, що не підтвердив здатність здійснювати правосуддя (№ 800/328/17, 73758684), дослідження матеріалів суддівського досьє та висновку й інформації ГРД (№ 800/336/17, 81329472).

В окремій думці суддів Великої Палати Верховного Суду Д.А. Гудими та О.С. Ткачука у справі № 9901/378/19, провадженні № 11-1193заі19 зазначено, що проблема уніфікації процедури кваліфікаційних іспитів і конкурсу між різними категоріями кандидатів не дає підстав для свавільної зміни (невиконання) ВККС процедури проведення конкурсу, передбаченої ст. 79 Закону № 1402-VIII і Положенням про проведення конкурсу. У справах № 826/14879/17, № 826/13355/17 Верховий Суд вважає неможливим отримання позивачем суддівської винагороди відповідно до позовних вимог, позаяк фактично особа не здійснює правосуддя, тому на позивача не можуть поширюватись *гарантії незалежності судді* у вигляді суддівської винагороди за нормами Закону № 1402-VIII.

За ч. 6 ст. 87 Закону № 1402-VIII громадська рада доброчесності: 1) збирає, перевіряє та аналізує інформацію щодо судді (кандидата на посаду судді); 2) надає Вищій кваліфікаційній комісії суддів України інформацію щодо судді (кандидата на посаду судді); 3) надає, за наявності відповідних підстав, Вищій кваліфікаційній комісії суддів України висновок про невідповідність судді (кандидата на посаду судді) критеріям професійної етики та доброчесності, що додається до досьє кандидата на посаду судді або до суддівського досьє.

Закон № 1402-VIII не встановлює правових наслідків невчасного подання ГРД висновку і не змінює правового регулювання, визначене у ст. 88 цього Закону (ЄДРСР 76811995 № П/9901/89/18).

Комісія відхилила інформацію ГРД про невідповідність особи критеріям професійної етики та доброчесності в частині винесення у 2013 р. колегією суддів Вищого адміністративного суду України, де кандидат був головою та членом колегії, рішень щодо залишення у силі рішень судів про заборону мирних зібрань, які стосувались відповідачів та невизначеної кількості осіб і які були винесені після рішення ЄСПЛ у справі «Веренцов проти України», як таку, що ґрунтується на правовій оцінці законності рішення суду, яке набрало законної сили, тобто наданій із перевищенням повноважень ГРД (справа № 800/336/17 81329472 – особою подано заяву про припинення участі в конкурсі).

У разі, якщо ВККС не знайшла достатніх підстав одразу визнати конкурсанта таким, що не підтвердив здатність здійснювати правосуддя у Верховному Суді, негативний висновок ГРД має бути переданий на розгляд всієї Комісії у пленарному складі. Подальших наукових розвідок і окремого аналізу потребують факти щодо наявних негативних і публічно оприлюднених висновків ГРД (не скасованих і не змінених) та підтвердження здатності здійснювати правосуддя особою без такого розгляду у пленарному складі Комісією. Якщо Громадська рада доброчесності у своєму висновку встановила, що суддя (кандидат на посаду судді) не від-

повідас критеріям професійної етики та добросовісності, то ВККСУ може ухвалити рішення про підтвердження здатності такого судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді лише у разі, якщо таке рішення підтримане не менше ніж одинадцятьма її членами.

Верховний Суд України 21 травня 2013 р. у справі № 21-87а13 зазначив, що дискреційні повноваження в більш вузькому розумінні – це можливість діяти за власним розсудом, у межах закону, можливість застосувати норми закону та вчинити конкретні дії (або дію) серед інших, кожні з яких окремо є відносно правильними (законними).

Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у справі № 804/4069/17 дійшов таких висновків: виконання службових обов'язків не дозволяє посадовій особі діяти в межах «якщо не заборонено, то дозволено», оскільки недотримання чітко визначених повноважень, або відповідних процедурних правил є *свавіллям* з боку уповноважених осіб.

Велика Палата Верховного Суду у справі № 800/328/17 (73758684) зазначила, що позивач не підтвердив здатності здійснювати правосуддя у Верховному Суді за критерієм «добросовісність» та «професійна етика», зокрема у питаннях, пов'язаних з декларуванням майнових прав та обов'язків.

Натомість Верховний Суд у складі колегії суддів КАС у постанові у справі № 814/886/17 підкреслив, що здійснення контролю та перевірки декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зокрема щодо достовірності й повноти відомостей, зазначених суб'єктом декларування у декларації, належить до виключної компетенції Національного агентства з питань запобігання корупції.

ГРД надала Комісії затверджений Висновок, в якому, зокрема, зазначила про неправомірне присвоєння кандидатом плодів чужої інтелектуальної власності у дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. ГРД у Висновку констатувала, що кандидат при підготовці власної наукової роботи *допустив значний обсяг плагіату*, що встановлено рішенням компетентного органу. ГРД зазначила, що на її інформаційний портал надійшло повідомлення, з якого стало відомо, що підставою для скасування рішення про присвоєння кандидату наукового ступеня став висновок Експертної ради Державного департаменту атестації кадрів вищої кваліфікації МОН України, яка виявила у роботі значний обсяг текстуальних запозичень (плагіату), що було підтверджено голосуванням всіх членів Експертної ради. ГРД вказала, що має усі підстави довіряти цій інформації, оскільки вона надійшла від члена Експертної ради, професора, який особисто брав участь у перевірці дисертації кандидата і в телефонній розмові з членами ГРД підтвердив її *вірогідність* (№ 800/336/17 81329472).

Про шаблонне судочинство проходять дискусії: «посилання часто є шаблонними». Як вважає М. Буроменський, «необхідно мінімізувати посилання на рішення ЄСПЛ, звести до їх необхідного мінімуму. Вони мають бути реальними, коли немає українського законодавства з цього питання, а іншого рішення, ніж посилатися на європейську практику, не існує. В іншому випадку нівелюється цінність цих посилань»²⁴.

У Висновку № 7 (2005) КРЕС з питання «Правосуддя та суспільство» зазначено: судова мова повинна бути лаконічною та простою, повинна уникати, крім випадків, коли це необхідно, формулювань латиною або іншими мовами, що важко зрозуміти широкому загалу. Юридичні поняття та норми можуть бути вичерпно пояснені цитуванням законодавства або судових рішень (п. 59).

У Висновку № 11 (2008) КРЕС щодо якості судових рішень зазначено: оцінка якості кожного рішення повинна здійснюватися тільки через використання права оскарження, встановленого законом. Цей принцип є ключовим наслідком конституційної гарантії незалежності суддів, яка розглядається як одна із основних характеристик верховенства права в демократичному суспільстві. Судді, завданням яких є надавати якісні рішення, краще за всіх можуть ініціювати обговорення питання якості судових рішень та визначити чинники такої якості й умови її оцінювання. Метою судового рішення є не тільки вирішення певного спору через надання сторонам юридичної визначеності, а часто також встановлення судової практики, що може попередити виникнення інших спорів та забезпечити суспільну гармонію.

Цікавою є історія однієї справи № 823/3002/14, де судом першої інстанції застосовано таке тлумачення норм права у постанові від 31 жовтня 2014 р.: «пріоритет темпорального над змістовним правилом подолання колізій норм права пояснюється тим, що остання за часом прийняття норма виражає дійсну волю законодавця. Особливості проведення розрахунків з використанням РРО та відповідальність за порушення при використанні РРО встановлено Законом України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» від 6 липня 1995 р. № 265/95-ВР із змінами, зокрема від 15 квітня 2014 р. № 1206-VII – регулювання економічних питань, що пізніше у часі, ніж Указ від 12 червня 1995 р. № 436/95 «Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки», зокрема із змінами від 7 вересня 2001 р. № 802/2001 – регулювання з питань економічної реформи. У преамбулі Указу № 436/95 зазначено: прийнято з метою подальшого удосконалення організації готівкового обігу, зміцнення касової дисципліни, підвищення ефективності контролю за додержанням суб'єктами господарської діяльності встановленого порядку ведення операцій з готівкою у національній валюті, посилення відповідальності за додержання ними норм із регулювання обігу готівки та виконання своїх зобов'язань перед бюджетами і державними цільовими фондами. Як відомо, Закон України від 21 грудня 2000 р. № 2181-III «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» був чинним до прийняття Кодексу № 2755 (р. XIX) (ЄДРСР 41328574). Незважаючи на таку мотивацію і тлумачення, без вказівки на неправильне застосування норм матеріального права, ухвалою ВАСУ (53244319) рішення судів попередніх інстанцій скасовані 3 листопада 2015 р. з направленням справи на новий судовий розгляд, позаяк порушено норми процесуального права, що унеможливили встановлення фактичних обставин, які мають значення для правильного вирішення справи.

У іншій справі за аналогічного правового регулювання спірних правовідносин Велика Палата Верховного Суду 20 травня 2020 р. у справі № 1340/3510/18 (провадження № 11-1160ап/19) дійшла висновку про необхідність відступу від правового висновку, викладеного в постанові ВСУ 2 квітня 2013 р. у справі № 2-77а13: об'єктивна сторона обох порушень, як того, що визначене абз. 3 ст. 1 Указу № 436/95, так і того, що визначене п. 1 ч. 1 ст. 17 Закону № 265/95-ВР, фактично полягає в одних і тих самих діях. Згідно із позицією ВСУ Законом України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» визначено вичерпний перелік порушень, за які передбачено фінансові санкції, і серед них відсутнє таке порушення, як неоприбуткування у касах готівки, а отже, й не встановлена відповідальність за це. Водночас зазначене питання прямо врегульоване в Указі Президента від 12 червня 1995 р. № 436/95 «Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки». Предмети правового регулювання Указу № 436/95 і Закону № 265/95-ВР різні. Метою прийняття Указу було врегулювання відносин щодо належного обліку готівкових операцій суб'єктами підприємницької діяльності, які до цього не були належним чином врегульовані іншими законодавчими актами, а термін його дії обмежувався прийняттям відповідного закону. Оскільки шляхом прийняття Закону № 265/95-ВР ці правовідносини врегулював законодавчий орган, то Указ № 436/95 припинив дію, і його положення вже не могло застосовуватися. Велика Палата ВС зазначила про неможливість застосування положення абз. 3 ст. 1 Указу Президента від 12 червня 1995 р. № 436/95 «Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки» у правовідносинах, що виникли після набрання чинності Законом України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг».

Виникає логічне питання (майже риторичне запитання) для подальшої науково-експертної дискусії: чи може негативно позначитися на визначенні кількості балів за відповідним критерієм аналізу скасованих рішень таке скасування без якісного аналізу та/або відповідних стандартів оцінювання, якщо рішення 2014 р. відповідає правовому висновку суду касаційної інстанції 2020 р., який допустив відступ від попередньої практики ВСУ 2013 р.? Пропонуються такі міркування: доцільно внести особливу примітку у форми статистичної звітності, позаяк наразі враховується кількість скасованих через порушення норм матеріального права, через порушення норм процесуального права і через порушення норм матеріального та процесуального права, але не йдеться про оцінку якості такого рішення та досягнення мети попередження виникнення інших спорів і забезпечення суспільної гармонії. Цікавим видається за таких обставин і дослідження впливу судової практики на виконання бюджету, відшкодування шкоди.

Одним із критеріїв кваліфікаційного оцінювання судді є: компетентність (професійна, особиста, соціальна), що проводиться з урахуванням принципів інстанційності та спеціалізації. Здатність ухвалювати рішення (рівень умінь у застосуванні закону, здатність аргументувати й обґрунтувати позицію з правової точки зору, письмові вміння, базування рішень на законодавстві та фактах, аналітичні здібності тощо) перевіряються як за результатами виконання практичного завдання, так і під час дослідження судового дося, співбесіди, зокрема щодо кількості скасованих та змінених судових рішень з урахуванням пояснень судді та демонстрації культури спілкування.

Велика палата Конституційного Суду України розглядає справу за конституційними скаргами осіб, які звернулися з питань визначення відповідності Конституції України положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII зі змінами: абзацу другого частин першої, третьої ст. 88 Закону, частини п'ятої ст. 83, підпункту «а» п. 11 частини четвертої ст. 85.

У пояснювальній записці до законопроекту № 1008 від 29 серпня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» (у пояснювальній записці до законопроекту 1008-1 від 6 вересня 2019 р., що відхилена комітетом, не йшлося про якість правосуддя та/або про якість оцінювання) зазначено, що більшість проблем, які наразі існують у судовій системі, експерти пов'язують із діяльністю органів суддівського врядування, наприклад, вказуючи на фактично необмежену дискрецію членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України при проведенні конкурсних процедур добору суддів та їх кваліфікаційного оцінювання. У розділі «Фінансово-економічне обґрунтування» зазначено, що прийняття цього проекту Закону не потребує додаткових витрат, оскільки кошти на виплату суддівської винагороди для суддів передбачаються за пропозицією Державної судової адміністрації України щороку у Державному бюджеті України. Варто зазначити, що законодавець оминає увагою причинно-наслідковий зв'язок якості оцінювання і відповідальності за порушення втручання у право на приватне життя осіб публічного права з особливим статусом із впливом на якість правосуддя.

Концепція національних стандартів суддівської освіти, що схвалена Науково-методичною радою Національної школи суддів України (протокол від 23 грудня 2014 р. № 5) передбачає проведення моніторингу якості навчальних заходів з метою врахування для підвищення рівня розробки та викладання навчальних курсів. Суддівська освіта має на меті домогтися досягнення кандидатами на посаду судді та суддів повинен бути спрямований на розвиток і удосконалення вищезазначених якостей та психологічну адаптацію до професії судді. Одним із принципів суддівської освіти є: забезпечення високої якості й наукової обґрунтованості суддівської освіти. До процесу розробки та запровадження кожного курсу залучаються судді-викладачі з усіх інстанцій та співробітники НШСУ; можуть бути залучені судді у відставці, викладачі вищих навчальних закладів, експерти у відповідній галузі з бездоганною професійною репутацією та високими моральними якостями²⁵.

У Висновку КРЕС № 4 (2003) «про належну початкову підготовку та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях» наголошується, що задля постійного вдосконалення якості підготовки суддів відповідальні за це органи повинні проводити часті оцінки програм та методів навчання (п. 38). КРЕС вважає оцінку результатів початкової підготовки необхідною для забезпечення того, щоб на посади в

органах судової системи призначалися найкращі представники. Натомість у країнах, де судді обираються з-поміж досвідчених юристів, методи об'єктивного оцінювання застосовуються ще до призначення, а підготовка проводиться лише після того, як кандидати вже були відібрані. Таким чином, у цих країнах оцінювання учасників початкової підготовки є недоцільним (п. 40). Коли йдеться про кандидатів, які мають оцінюватися, дуже важливо, щоб вони могли мати юридичні гарантії захисту від невмотивованих оцінок їхньої роботи (п. 41). КРЕС рекомендує: щоб програми та методи підготовки часто оцінювались з боку органів, відповідальних за підготовку суддів; якість роботи викладачів, тим не менше, має оцінюватися, а подібна оцінка стає необхідною з огляду на той факт, що в деяких системах початкова підготовка є етапом процесу добору на посаду судді²⁶.

У Верховній Раді України зареєстровано проєкт Закону № 2712 від 2 січня 2020 р. «Про внесення змін до деяких законів України (щодо забезпечення функціонування судової влади в Україні відповідно до міжнародних стандартів судочинства)» з метою приведення окремих положень національного законодавства України щодо функціонування судової влади в Україні у відповідність до рекомендацій Венеціанської комісії та міжнародних стандартів, де передбачено, зокрема, зміну складу Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, наділення ВРП правом на період створення нової ВККС реалізовувати її окремі повноваження та вирішити питання суддів Верховного Суду України і вищих спеціалізованих судів, які декілька років усунуті від здійснення правосуддя. Разом із тим якість кваліфікаційного оцінювання не окреслена пропонованими змінами.

Висновки. На підставі проведеного аналізу можна дійти таких висновків.

Запровадження якісних процедур кваліфікаційного оцінювання з дотриманням принципів належного врядування покликане сприяти формуванню та становленню незалежного й справедливого суду завдяки справедливому кадровому відбору добросовісних суддів високої професійної майстерності, підвищенню довіри до влади, утвердженню правопорядку у суспільстві. Рахунковій палаті з метою забезпечення ефективності відправлення правосуддя у межах імплементації міжнародних стандартів фінансового контролю необхідно поширити фінансовий аудит на головних розпорядників коштів державного бюджету у судовій владі із здійсненням аналізу впливу зміни фінансування та судової практики на бюджетний процес. Важливим залишається питання уніфікації термінології у сфері оцінювання. У законопроектній діяльності варто врахувати значення якості об'єктивного кваліфікаційного оцінювання на якість відправлення правосуддя і справедливого вирішення спорів.

¹ Кваліфікаційне оцінювання: error чи loading. URL: <https://gurt.org.ua/articles/56528/>

² Осипчук В.М. Кореляція категорії якості у філософії та мові. URL: <https://www.irbis-nbuv.gov.ua/nbuv.gov.ua>

³ Закірова С. Система правосуддя в Україні: чергові кроки на шляху реформування. URL: http://nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1571:sistema-pravosuddya-v-ukrajini-cherгови-kroki-na-shlyakhu-reformuvannya-2&catid=71&Itemid=382

⁴ Правовий статус носіїв судової влади в Україні (професійні судді, народні засідателі, суд присяжних): монографія / за заг. ред. І.С. Марочкіна. Харків: Фінн, 2009. 488 с. С. 53.

⁵ Конституційний процес в Україні: політико-правові аспекти (Д. Жуков, Mind: Правова vs судова: чи відбудеться перезавантаження після зміни назви реформи; Центр політико-правових реформ: Концепт судової реформи): Бюлетень інформаційно-аналітичних матеріалів. Додаток до журналу «Україна: події, факти, коментарі». 2019. № 7 (63). URL: http://kremenchuk.adm-pl.gov.ua/sites/kremenchuk.adm-pl.gov.ua/files/konstituciyniy_procес_v_ukrayini_7_63_1.pdf

⁶ Куйбіда Р. Як зупинити корозію правосуддя. URL: <https://rpr.org.ua/news/yak-zupynyty-koroziyu-pravosuddya/>

⁷ Кравець О. Вдосконалення процедури кваліфікаційного оцінювання суддів та посилення авторитету правосуддя. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/147810-vdoskonalennya-protseduri-kvalifikatsiyного-otsinyuvannya-suddiv-ta-posilennya-avtoritetu-pravosuddya>

⁸ Фукідід. Історія. Санкт-Петербург: Наука, Ювента. 1999. URL: http://az.lib.ru/f/fukidid/text_1915_istoria.shtml

⁹ Глущенко С. Що розуміти під професійною етикою та добросовістю в контексті кваліфікаційного оцінювання суддів? URL: https://zib.com.ua/ua/125930-scho-rozumiti-pid-profesiyною-etikoyu-ta-dobrochesnistyu-v_.html

¹⁰ Аналітичний огляд «Кваліфікаційне оцінювання суддів 2016–2018: проміжні результати» підготовлено експертами громадських організацій Київ, квітень 2019. URL: https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2019/04/1554460296qualification_report_full_eu.pdf

¹¹ Плагіат і покарання суддів за крадіжку праці інших. URL: <https://dejure.foundation/column/plagiat-i-pokarannya-suddiv-za-kradizhku-pratsi-inshykh>

¹² Сущенко В.М. Експертне дослідження методики оцінювання кандидатів на посаду судді Верховного Суду України. URL: <http://ecpl.com.ua/wp-content/uploads/2018/02/Methodyka-otsinyuvannya-kandydativ-na-posadu-suddi-Verhovnoho-Sudu-Ukrajinu.pdf>

¹³ Аналітичний огляд «Кваліфікаційне оцінювання суддів 2016–2018: проміжні результати» підготовлено експертами громадських організацій Київ, квітень 2019. URL: https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2019/04/1554460296qualification_report_full_eu.pdf

¹⁴ Миколенко О. І. Проблеми оскарження результатів кваліфікаційного оцінювання для підтвердження відповідності судді займаній посаді (44 проблеми оскарження результатів). URL: <http://pd.onu.edu.ua/article/download/143448/144633>

¹⁵ Смирнов А. Ключова причина провалу судової реформи. URL: <https://ukranews.com/ua/news/603144-klyuchova-prychy-na-provalu-sudovoi-reformy-poroshenko-advokat-smirnov>

¹⁶ Валько В. Рік Зеленського та суди: обіцянки та реальність. URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2020/05/11/7251195>

¹⁷ Дискреція на межі свавілля. URL: <https://zib.com.ua/ua/print/140390-nezaznachennya-konkretnih-obstavin-za-yakih-sud-dya-ne-vidpov.html>

¹⁸ Кваліфікація зі знаком якості. Ігор Самсін: «Нині ВККС – орган, який відповідає за професійність суддівського корпусу і його авторитет у суспільстві». URL: <https://vkksu.gov.ua/ua/about/zmi-pro-komisiu/kvalifikatsiya-zi-znakom-yakosti-igor-samin-nini-vkks-organ-yakiy-vidpovidaє-za-profesiynist-suddivskogo-korpusu-i-yogo-avtoritet-u-suspilstvi/>

¹⁹ Паспорт бюджетної програми на 2020 рік. URL: https://hcj.gov.ua/sites/default/files/field/file/pasport_byudzhetnoi_programy_na_2020_rik_zi_zminamy_vid_12.05.2020_r.pdf

²⁰ Полішук А. Для чого проводити реформу судоустрою і що з нею не так? 30.10.2019. URL: <https://m.day.kyiv.ua/uk/article/podrobysci/sudova-vlada-yak-publichnyu-servis>

²¹ Сухінін Д.В. Роль оцінювання в діяльності органів місцевої влади: основні принципи, методи та завдання. *Публічне адміністрування: теорія та практика*. 2012. Вип. 1 (7). URL: [http://www.dbuapa.dp.ua/zbirnik/2012-01\(7\)/12sdvpmz.pdf](http://www.dbuapa.dp.ua/zbirnik/2012-01(7)/12sdvpmz.pdf) (дата звернення: 10.06.2020).

²² Щорічний доповідь (2018) Уповноваженого Верховної Ріди України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні. URL: <http://www.univ.kiev.ua/content/upload/2019/-697223196.pdf>

²³ Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні. Альтернативна доповідь за 2019 рік / Куйбіда Р., Смалюк Р., Серета М. Київ : Центр політико-правових реформ, 2020. URL: https://tpr.org.ua/wp-content/uploads/2020/05/CPLR_-Shadow-report-on-judges-independence-2019.pdf

²⁴ Адмінсудочинство «під соусом» практики ЄСПЛ. URL: <https://yur-gazeta.com/golovna/adminsudochinstvo-pid-sousom-praktiki-espl.html>

²⁵ Концепція національних стандартів суддівської освіти. URL: <http://nsj.gov.ua/ua/about/symbols/>

²⁶ Висновки Консультативної ради європейських суддів (КРЕС). URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6)

Резюме

Трофімова Л.В. Проблемні питання якості кваліфікаційного оцінювання суддів.

У статті автор пропонує шляхи вирішення проблем кваліфікаційного оцінювання суддів за результатами власного теоретичного дослідження, розкриває окремі питання забезпечення якості кваліфікаційного оцінювання під час підтвердження відповідності судді займаній посаді (кандидата на посаду) із дослідження досьє та проведення співбесіди членами ВККСУ на основі аналізу положень чинного законодавства України і правозастосування.

Ключові слова: аналіз, бюджетна політика, кваліфікаційне оцінювання, співбесіда, суд, трактування, шаблонне судочинство, якість процедур.

Резюме

Трофімова Л.В. Проблемные вопросы качества квалификационной оценки судей.

В статье автор предлагает пути решения проблем квалификационной оценки судей по результатам собственного теоретического исследования, раскрывает отдельные вопросы обеспечения качества квалификационной оценки при подтверждении соответствия судьи занимаемой должности (кандидата на должность) по исследованию досъе и проведения собеседования членами Высшей квалификационной комиссии судей Украины ВККСУ на основе анализа положений действующего законодательства Украины и правоприменения.

Ключевые слова: анализ, бюджетная политика, квалификационное оценивание, собеседование, суд, толкование, шаблонное судопроизводство, качество процедур.

Summary

Larysa Trofimova. Problematic points of the quality of qualification assessment of judges.

In the article the author proposes problem solving ways of qualification assessment of judges based on the results of her own theoretical research, discloses separate issues of quality of qualification assessment during the confirmation of judge's compliance with the position (applicant for the position) from case file research and conducting interviews by members of the High qualification commission of judges of Ukraine based on provisions of the current legislation of Ukraine and law enforcement.

Statistical observations, scientific research and expert studies, case law reveal not only the need to update the judiciary, but also to eliminate excessive and unjustified formalism, subjectivity in the exercise of authority to provide quality services, administrative procedures to ensure the true quality of qualification assessment, compliance / non-compliance of a judge (applicant for the position) with the criteria of professional competence, ethics and integrity.

Legal policy, value system, tendency towards law and order, the human dignity, the protection of individual rights should be a benchmark in uniting the efforts of all members of society to establish the rule of law, ensure the functioning of an independent judiciary and good governance, build an independent judiciary, the realization of equal opportunities for personal development, as well as the optimal use of public resources in line with the goal of public policy – the establishment of the rule of law in Ukraine, the purpose of the budget program – ensuring the rule of law and protection of human rights and freedoms through the formation of a virtuous, highly professional and independent judiciary.

An important component of ensuring the quality of justice is timely and objective assessment of a judge's competence, the effectiveness of training / maintenance of skills and the definition of professional skills, in particular on the basis of thorough analysis of revoked decisions and consideration of complaints, corrected mistakes, "template proceedings", reasons for the formation of individual opinions in resolving disputes, taking into account the circumstances in connection with the departure from the preliminary conclusions of the courts of cassation and compliance with procedural deadlines. Problems of subjective, selective approach, which are manifested in different attitudes towards the participants of the qualification assessment, in order to confirm / not confirm the judge's suitability for the position and / or conduct competitions during the examination case files and conducting interviews by members of the High qualification commission of judges of Ukraine, including on the different approach in responding to the conclusions and information of the GRD with consideration in plenary (without plenary consideration), require further scientific analysis and improvement of legal regulation to prevent abuse of the right to equal opportunities, the right to be heard, the right to a fair trial, the right to quality judicial services and administrative procedures with the implementation of the principles of good governance.

Key words: analysis, budgetary policies, qualification assessment, interview, court, interpretation, template proceedings, quality of procedures.

Є.І. БАКУТІН

*Євген Іванович Бакутін, старший викладач
Навчально-наукового інституту № 3 Національної
академії внутрішніх справ, підполковник поліції**

ORCID: 0000-0001-9900-3380

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ В ДІЯЛЬНОСТІ ПОЛІЦІЇ ПІД ЧАС ВИКОРИСТАННЯ ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ ФІКСАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Постановка проблеми. Дослідження проблематики поліцейської діяльності у контексті захисту прав і основних свобод людини і громадянина. Діяльність поліції – один із найдавніших та невід’ємних компонентів світової цивілізації. Тому необхідно розглянути та висвітлити досвід розвинених країн, в яких здійснені значні кроки для перетворення поліції на ефективний державний інститут, що користується довірою та повагою громадян. Основні тенденції світового та вітчизняного суспільного розвитку, стратегія інтеграції України у європейську спільноту, поглиблення відповідних державних і правових трансформацій зумовили появу нових орієнтирів, стандартів та принципів, що визначають також загальну спрямованість реформ правоохоронних органів України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аспекти використання технічних заходів привертала увагу таких діячів науки, як В.Б. Авер’янов, О.М. Бандурка, Ю.Ю. Орлов, С.Ф. Константинов, Г.Ю. Рєпін, В.В. Арешонков, М.В. Кобець, Б.В. Жуков, С.Г. Стеценко, П.П. Артеменко, В.А. Кудінов та ін.

Формулювання мети статті. Як свідчить аналіз правозастосовної практики, використання технічних засобів досить часто призводить до виникнення категоричних заперечень між громадянами та представниками уповноважених державних органів, які потребують свого вирішення. Особливо це стосується випадків використання технічних засобів фіксації правопорушень з метою протидії правопорушенням, а також при використанні даних технічних засобів як доказ. Практика довела, що представники правоохоронних органів не завжди дотримуються як міжнародних, так і національно-державних правових норм, про що свідчать численні скарги на адресу уповноважених із прав людини правозахисних та громадських організацій, Європейського суду з прав людини.

Виклад основного матеріалу. Усунення негативних соціальних явищ, зниження темпів правопорушень, здійснення заходів щодо зниження рівня соціальної апатії у суспільстві, зневіра у силі закону та влади є вкрай важливими при застосуванні принципу законності на сучасному етапі історичного розвитку. При цьому важливо керуватися новою філософією поліцейської діяльності, в основі якої – перехід від реактивної, репресивної моделі, тобто виявлення, розслідування злочинів та покарання правопорушників, до проєктивної моделі служіння громадянам з акцентом на попередження правопорушень та спільну роботу з населенням. Як наслідок – значення ролі так званої соціальної компетенції, тісного співробітництва з населенням. Тобто поліція, як репресивний інструмент держави, перетворилася на «помічника, партнера» для громадян. Технологічний прогрес призводить до появи нових викликів для прав людини, адже правове регулювання, як правило, регулює існуючі правовідносини і не розраховане на появу нових форм.

Діяльність поліції – одна з основ у справі зміцнення та розвитку загальноєвропейських цінностей. Проте, щоб вона була ефективною, дуже важливо, щоб поліція поважала права людини, законність і принципи демократії – інакше ці загальноєвропейські цінності опиняться під загрозою.

Вимоги до дотримання прав людини відображаються через повагу до законності, яка, у свою чергу, є суттєвим елементом демократії. Діяльність поліції необхідно розуміти як один із важливих засобів захисту, зміцнення та розвитку загальноєвропейських цінностей – дотримуватися вимог закону, а для поліції – дотримуватися юридичних правил і процедур. Дотримання основних прав і свобод людини у діяльності поліції є головною характерною рисою поліції, що служить суспільству, в якому панує закон.

Відповідно до ст 20 Додатку до Рекомендації Rec (2001) 10 про Європейський кодекс поліцейської етики організація поліції повинна містити ефективні заходи для забезпечення чесності та належного виконання своїх обов’язків службовцями поліції, зокрема, щоб гарантувати повагу до основоположних прав і свобод особи, закріплених, зокрема, в Європейській конвенції з прав людини¹.

З одного боку, безпека особи – безумовна соціальна цінність, а боротьба з правопорушеннями є необхідною умовою такої безпеки. З іншого – засоби, якими забезпечується ця безпека – реальна загроза самим правам людини. Точніше, вони можуть стати загрозою, якщо будуть порушені умови, за яких обмеження прав людини залишаються допустимими і навіть необхідними елементами демократичного суспільства. Саме тому боротьба з правопорушеннями є ефективною, оскільки правоохоронні органи дотримуються прав людини.

Остаточну оцінку діяльності органів влади правоохоронним структурам надають люди. Вони мають відчуття, що їх, законослухняних громадян, захищає держава.

Професіоналізм, компетентність поліцейського здійснюється в межах закону, необхідністю дотримання відповідних юридичних правил та процедур, певних стандартів при виборі методів, стратегії й тактики поліцейської роботи, зорієнтованої на захист прав людини.

Аналізуючи нормативні акти, необхідно акцентувати, що їх норми враховують положення Конституції України щодо прав та законних інтересів людини і громадянина, спрямовані на встановлення відносин між поліцією та населенням. Тому здійснюється взаємодія щодо реалізації принципу «**служити та захищати**».

Орієнтуючись на європейські чи світові стандарти, здебільшого не враховується рівень правосвідомості, правової культури та поваги до права і законодавства взагалі серед громадян. Гуманізація заходів відповідалості призводить до байдужого ставлення до законів, що негативно впливає на стан громадського порядку та безпеки. Це пояснюється тим, що найчастіше дотримання вимог законів залежить не від правосвідомості людини, а від боязні покарання за їх порушення. І це хвороба суспільства взагалі, яке тривалий час не мало можливості використовувати свої законні права та повною мірою захищати власні інтереси.

Законність – важливий принцип діяльності поліції. Він виражається як в правоохоронній діяльності поліції, так і в тому, що ця діяльність здійснюється на основі чіткого та неухильного дотримання законів і підзаконних нормативних актів. Національна поліція України, охороняючи громадський порядок, захищаючи в межах своїх повноважень життя, здоров'я та свободи громадян, власність від протиправних посягань, тим самим послідовно забезпечує законність в Україні.

Сама діяльність Національної поліції базується на чіткому дотриманні Конституції України, Закону України «Про Національну поліцію», інших законодавчих та підзаконних актах. Діяльність поліції здійснюється публічно і стосується інтересів багатьох громадян. Тому будь-які порушення законності, де б вони не вчинялися, завдають збитків інтересам громадян, а отже, і всій державі.

Забезпечення законності в діяльності поліції – це створення такого адміністративно-правового режиму в суспільстві, при якому вся система органів, виконуючи функції щодо охорони громадського порядку, громадської безпеки, зобов'язана, з одного боку, чітко дотримуватись вимог законів, а з іншого – вимагати від посадових осіб та громадян безумовного виконання цих законів та інших законодавчих актів, здійснювати правоохоронні та правозастосовні заходи для зміцнення правопорядку в державі.

Найважливішими формами реалізації законності в поліції є: здійснення нагляду за виконанням посадовими особами і громадянами законів та інших нормативних актів, що регулюють питання охорони громадського порядку; точне й неухильне виконання та дотримання працівниками поліції правових актів, що регулюють застосування заходів адміністративного впливу; дотримання службової дисципліни.

Необхідною умовою зміцнення законності в поліції є систематичне підвищення правової культури, спеціальної підготовки, моральних якостей кожного працівника. Відсутність такої роботи призводить до помилок і, врешті-решт – до порушень законності. Забезпечення законності в повсякденній практичній діяльності поліції вимагає також значної організаційної роботи, системи організаційно-правових методів, що дають можливість попереджувати, виявляти та своєчасно припиняти порушення законодавчих актів.

Слід урахувати, що дії поліції значною мірою ведуться у тісному контакті з населенням, а їх ефективність залежить від підтримки населення.

Загальноєвропейські стандарти функцій поліції – попередження та виявлення правопорушень, підтримка й відновлення громадського порядку, надання своєчасної допомоги людям, які потрапили у біду, є спільними для більшості поліцейських структур у всьому світі і, звичайно, у Європі. Європейська конвенція про права людини та її органи розробили стандарти виконання функцій поліції, в основі яких лежать принципи захисту прав людини, демократії та законності.

Поліцейське розслідування має бути об'єктивним та справедливим. Вимоги об'єктивності передбачають, що поліція здійснює розслідування неупереджено, тобто слід будувати розслідування на всіх фактах, що стосуються справи, на всіх обставинах та елементах як на підтвердження, так і на спростування її підозр. Об'єктивність є також критерієм справедливості, який, у свою чергу, передбачає, що розслідування, враховуючи методи, які застосовуються при цьому, мають створювати сприятливу атмосферу для «справедливого» розгляду, де дотримуються права людини.

Поліцейське розслідування, на думку Ю. Римаренка, повинно ґрунтуватись, як мінімум, на **розумних підозрах** про те, що скоєно чи буде скоєно правопорушення (ст. 47 Європейського кодексу поліцейської етики). Для недопущення вільних розслідувань необхідно, щоб розслідування здійснювалося за наявності деяких мінімальних умов: розумної і законної підозри щодо правопорушення, підкріпленої деякими об'єктивними критеріями².

Поліцейська сфера розглядається у контексті втілення у життя міжнародно-правових стандартів підтримання правопорядку, визначених Генеральною Асамблеєю ООН та Радою Європи, як основних принципів діяльності поліцейських організацій, своєрідної програми їх реформування в умовах викликів XXI століття. Адже наша епоха – це епоха здійснення тих надій і сподівань, які жили у думках народів протягом десятиліть: демократія, заснована на правах людини й основних свободах, процвітання через економічну й соціальну справедливість та безпека для всіх наших країн – такою виглядає нова ера демократії, миру і єдності, проголошена хартією для нової Європи (1990 р.).

Основним призначенням поліції є служба для суспільства, зокрема надання послуг та допомоги тим членам громади, які з особистих, економічних, соціальних чи інших причин потребують негайної допомоги («Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку»).

Використання технічних засобів фіксації правопорушень являє собою один із невід'ємних елементів високорозвиненого суспільства. Водночас Україна активно реалізовує свою зовнішню політику в напрямі

входження до Європейського Союзу. Саме тому інтеграційні наміри нашої держави зумовлюють необхідність системного вдосконалення використання технічних засобів фіксації правопорушень.

Використання досягнень науково-технічного прогресу для розв'язання соціально-економічних завдань є стратегічною лінією сучасності, яка відкрила простір для технізації та комп'ютеризації всієї людської діяльності, в тому числі й діяльності правоохоронних органів.

В умовах розбудови України як демократичної, правової та соціальної держави вирішувати правоохоронні завдання старими методами неможливо. Пріоритетним завданням влади є забезпечення належного функціонування інститутів, що гарантують правопорядок, дотримання прав і свобод людини та громадянина, їх ефективний захист.

Одним із головних критеріїв оцінювання відповідності національної правової системи міжнародно-правовим стандартам вважають запровадження якісного правоохоронного сервісу з ключовим принципом **«служити та захищати»**³.

«Служити та захищати» – один із принципів поліцейської служби у демократичному суспільстві. Концепція виникла як спроба подолати недоліки наявних раніше моделей щодо відповідальності поліції за безпеку громадян і суспільства.

Поліція зміцнює законність і правопорядок шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку.

Разом з припиненням адміністративних правопорушень поліція має діяти згідно із законом і нормативними актами у межах своєї компетенції та в установленому законодавством порядку. Дотримання законності в діяльності поліції особливо важливе, так як на неї покладено обов'язок попередження та припинення правопорушення. Поліція наділена широким колом поліцейських заходів. У зв'язку з цим не допускаються будь-які порушення законності, оскільки це виступає порушенням конституційних принципів недоторканості особи, житла, таємниці листування, телефонних розмов, поштового, телеграфного та ін. зв'язку, свободи пересування на території України. Неправомірні дії працівників поліції підривають її авторитет.

Важливе значення для з'ясування змісту законності в діяльності поліції має питання про принципи і вимоги законності. Принцип законності – це основні ідеї та положення, що виражають зміст законності, а вимоги – те, що вимагає законність, тобто правові приписи, дотримання і виконання яких у процесі діяльності робить поведінку (дію) поліцейського законною.

До принципів законності належать: верховенство закону; єдність законності; недопустимість протиставлення законності й доцільності; реальність законності. Законність має базуватись насамперед на законодавчих актах як основа джерела права. Усі важливі питання в суспільстві, державі, а особливо питання забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку мають якнайповніше регулюватися законодавством. Під єдністю законності розуміється єдина спрямованість правотворчості та право реалізації на всій території дії відповідного нормативно-правового акта. Розуміння і реалізація нормативних актів мають бути однаковими на всій території, на яку розповсюджується дія цих актів. Водночас застосування законів має здійснюватись з урахуванням специфіки відмінностей і особливостей умов забезпечення правопорядку. Це зовсім не руйнує принцип єдності законності. Гнучкість у реалізації законів дає змогу ефективно досягти мети.

Недопустимість протиставлення законності та доцільності означає можливість вибору в межах закону найоптимальніших, таких, що відповідають цілям та завданням поліції варіантів здійснення правореалізуючої діяльності. Доцільність означає, що при реалізації норми важливо максимально враховувати конкретну обстановку, час, місце і умови. Співвідношення між законністю й доцільністю є співвідношення вимоги точного виконання приписів правової норми та самостійністю суб'єкта діяльності, що регулюється нормами права.

Реальність законності як принцип означає досягнення фактичного виконання приписів правових норм у діяльності поліції та невідворотності відповідальності за будь-яке порушення. Вимога законності відображає її спрямованість, що зумовлена змістом правових норм. На відміну від принципів, що виражають зміст і сутність законності, вимоги пов'язані з певними, конкретними видами діяльності поліції. У вимогах дістають своє вираження принципи законності.

Отже, дотримання законності в діяльності поліції забезпечується здійсненням контролю, наглядом прокуратури, контролем судових органів, оскарженням незаконних дій працівників поліції. Суттєве значення має нова поведінка працівників поліцейських структур, нове бачення сутності їхньої толерантності щодо громадян, яка полягає насамперед в «активній позиції, на яку надихає визнання загальних прав людської особи та основних свобод іншої людини...» («Декларація засад толерантності» ЮНЕСКО). Толерантність при цьому розглядається не лише як етичний обов'язок, а й як політична та юридична потреба. Пріоритетом у роботі поліції мають стати не показники розкриття правопорушень, а довіра до неї з боку громадян.

Законність є принципом суспільно-політичного устрою – незаперечною за своєю природою вимогою правомірної поведінки всіх суб'єктів суспільних відносин. Впливаючи із сутності правової, демократичної держави і права, законність відбиває закономірності розвитку не тільки їх, а й усієї правової і політичної системи. Набуваючи якості принципу, законність виступає свого роду правовим імперативом правомірної поведінки для всіх без винятку суб'єктів суспільних відносин, насамперед держави, її органів, посадових осіб.

Будь-які принципи є продуктом людської діяльності, результатом якої вони стають та інтереси якої задовольняють. Принципи є соціальними явищами як за джерелом виникнення, так і за змістом: їх виникнення, що зумовлено потребами суспільного розвитку, у них відображаються закономірності суспільного життя. Без урахування таких істотних моментів неможливо пояснити й зрозуміти особливе значення цих принципів для послідовного узгодження людської діяльності з вимогами об'єктивних соціальних закономір-

ностей. Це повною мірою стосується і принципів права – специфічного прояву певної частини загальносоціальних принципів у правовій системі.

Отже, з початку виникнення принципів права існують як модифіковані та пристосовані до правової сфери певні загальносоціальні принципи, що перебувають у діалектичній єдності. Джерелами цих принципів є політика, економіка, мораль, ідеологія, соціальне життя тощо. Правові оцінки ґрунтуються на таких принципах, як законність, справедливість, рівність тощо.

Принципи права можуть виникати стихійно у результаті емпіричного досвіду або ж сформулюватися свідомо і на рівні теоретичних концепцій, набуваючи тим самим характеру наукових принципів, які більш концептуально виражають наукову думку, що відображає закономірності суспільного розвитку⁴.

Науковець О.В. Скурко, у своїй монографії щодо сутності принципів зазначає, що «розглядати принципи як «міст» між абстрактністю і казуальністю юридичної регламентації, що дає змогу в сучасних умовах «раціонального законодавства» зберегти необхідний рівень казуїстики в юридичній діяльності з метою, як може здатися парадоксальним, досягнення одноманітності застосування права, забезпечуючи тим самим цілісність правової системи і ефективність права як соціального регулятора»⁵.

Важливим у контексті розуміння правових принципів використання фіксації правопорушень технічними засобами є їх виникнення та формулювання. У цьому визначенні принципи відповідають як загальним традиціям, так і мають власні особливості. А.М. Колодій, автор монографічного дослідження з проблематики принципів права, вказує на те, що процес утворення принципів права відповідає такій схемі: суспільні відносини – право положення юридичної практики – норми-принципи⁶.

На загальні аспекти виникнення та формулювання принципів звернув увагу й О.А. Коваль. Так, виникнення та формулювання принципів права можна уявити як процес, що складається з низки стадій, а саме: виникнення суспільних відносин, що потребують правового регулювання; зміни у правосвідомості, тобто усвідомлення необхідності такого регулювання та визначення його можливих шляхів; здійснення правовою наукою та юридичною практикою підтвердження необхідності правового регулювання цих суспільних відносин, а також формулювання необхідних принципів права; законодавче закріплення принципів права, що здійснюється двома шляхами: пряме формулювання або фактичне закріплення у правових нормах⁷.

На думку відомого фахівця О.Ф. Скакун, принципи – це загальноприйняті норми – ідеї найвищого авторитету, що слугують основними засадами правового регулювання суспільних відносин, спрямовують їх учасників на встановлення соціального компромісу й порядку⁸.

Основні ознаки принципів: об'єктивно зумовлені соціальним середовищем, характером суспільних відносин і мають зворотний на них вплив; є ідеологічним витвором, результатом розвитку правової свідомості суспільства і водночас спрямовані на сприяння зростанню правосвідомості суспільства, його культури; є ідейною основою для об'єктивного права, концентровано виражають закономірності його розвитку, сутність і соціальне призначення; описують (конкретизують) установлене право, вносять однаковість у систему правових норм; слугують основними засадами правового регулювання суспільних відносин, надають злагожденості усьому його механізмові, виступають орієнтирами формування та вдосконалення правової системи, є її каркасом, опорою, відображають об'єктивно існуючі зв'язки між елементами правової системи та соціальної системи; акумулюють світовий досвід розвитку права, втілюють демократичні і гуманістичні традиції й одночасно становлять правові цінності, що входять до світової правової скарбниці.

Розрізняють такі принципи права:

1) загальнолюдські (цивілізаційні) принципи права – загальноприйняті норми – ідеї (основні засади), що зумовлені досягнутим рівнем розвитку людства, втілюють цивілізаційні правові здобутки протягом історії та закріплені в міжнародно-правових документах всесвітнього значення. Виникнення й подальший розвиток загальнолюдських принципів є результатом взаємодії міжнародного і внутрішньодержавного права, тому їх основний «набір» однаковий як для бажаного «міжнародного правопорядку», так і для демократичних націй, їх національних правових систем. Зокрема, у Статуті ООН від 26 червня 1945 р., Заключеному акті Ради з безпеки і співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 р.⁹ та інших міжнародних документах загальнолюдські принципи права служать правовими стандартами для реформування сучасних правових систем, інструментами зближення міжнародної і національних систем права.

2) принципи національної системи права – їх набір має відмітні ознаки в різних правових системах, є конкретно-історичним, визначається правовими традиціями, рівнем розвитку демократії, залежить від потреб та інтересів суб'єктів їх тлумачення.

Зміст принципу законності відображається через конкретні вимоги, такі як вища юридична сила закону в системі нормативно-правових актів, обов'язковість законів та інших нормативно-правових актів для всіх, на кого вони поширюються, однаковість вимог закону до всіх суб'єктів права, неприпустимість протиставлення законності й доцільності в діяльності державних органів; невідворотність покарання за вчинення правопорушення.

Принцип верховенства права не відміняє і не скасовує принципу законності, він просто ширший за принцип законності, а тому поглиблює його вимоги, звертає увагу на зміст позитивного права, яке має відповідати загально визначеним стандартам прав людини та основоположним принципам права¹⁰.

Отже, верховенство права – це принцип діяльності органів державної влади, інших публічних і приватних суб'єктів на засадах законності, правової визначеності, рівності перед законом і недискримінації, забезпечення доступу до незалежного й неупередженого правосуддя, додержання прав людини.

У своїй діяльності правоохоронці керуються певними правовими принципами. Правові принципи діяльності поліції – це керівні, основні положення, що закріплені в Конституції та інших законодавчих актах України, на яких базується концептуальна основа діяльності, устрій, порядок функціонування і повноважен-

ня органів Національної поліції. Так, розділ 2 Закону України «Про Національну поліцію» присвячено принципам діяльності поліції¹¹.

Додержання законності полягає в обов'язковому вжитті заходів, передбачених нормами законів, які регулюють сферу діяльності правоохоронних органів; у виконанні цих заходів в чіткій відповідності до положень законів і підзаконних нормативних актів; у неприпустимості дій, непередбачених законом, які йому суперечать¹².

Документальне оформлення застосування технічних засобів – важлива гарантія дотримання законності. Складання передбачених адміністративно-процесуальним законом документів є необхідною умовою правильного розслідування у справах про адміністративні правопорушення. Воно містить два основних аспекти: а) оформлення прийнятого рішення щодо застосування технічних засобів, яке відтворюється у складанні відповідного документа (плану заходу, рапорту, доручення, довідки, службової записки ініціатора заходу, акта перевірки технічного засобу тощо); б) затвердження факту застосування технічних засобів та отримання при цьому результатів (матеріалів), яке містить складання компетентною особою відповідного процесуального документа – протоколу, акта, рапорту, в якому відбиваються усі обставини щодо застосування технічних засобів та отримання внаслідок цього даних щодо порушення чинного законодавства. Ці документи затверджуються керівниками відповідного рівня і зберігаються зареєстрованими у відповідних справах, чим забезпечується суворий контроль за дотриманням законності.

На думку науковця М.В. Кобець та співавторів, **законність застосування технічних засобів** – це загальноправовий (процедурний) принцип діяльності правоохоронних органів загалом та застосування технічних засобів для отримання даних у процесі документування і доказування. Законність визначається обов'язковим вжиттям заходів, які передбачені Законом, виконанням їх у чіткій відповідності до положень та вимог, а також недопустимості дій, що не передбачені законом, а тим більше, які йому суперечать.

Законність застосування технічних засобів тісно зв'язана з етичними аспектами отримання інформації від людини та про людину, а також з тактичними аспектами правомірного застосування технічних засобів та технічними аспектами впровадження й використання технічних засобів, які забезпечують об'єктивне, достовірне, найбільш повне і ефективне збирання, дослідження та використання даних у розслідуванні правопорушення на рівні сучасних вимог.

Дотримання законності під час проведення досудового і судового розслідування, прийняття адміністративних заходів цілком і повністю розповсюджується на усі випадки (факти) застосування при цьому технічних засобів. Застосування технічних засобів у правоохоронній діяльності повинно суворо відповідати вимогам чинного законодавства та існуючій нормативній базі. При цьому повинні бути всебічно забезпечені гарантії прав, свобод і інтересів громадян та юридичних осіб, що гарантуються Конституцією України.

Принципи додержання законності при використанні технічних засобів в адміністративному судочинстві – це: правомірність застосування технічних засобів; науково-технічна обґрунтованість технічних засобів; етична допустимість застосування технічних засобів; суворо цільовий характер застосування технічних засобів; наявність фактичних підстав для застосування технічних засобів; відповідність застосування технічних засобів; документальне оформлення застосування технічних засобів; правомірність використання даних, одержаних внаслідок застосування технічних засобів; взаємодія з населенням на засадах партнерства у заходах із застосуванням технічних засобів.

Висновки. Підсумовуючи певні теоретичні та нормативно-правові аспекти використання технічних засобів в діяльності поліції, необхідно зауважити, що в сучасних умовах правоохоронна діяльність поліції не може успішно здійснюватися без належного застосування досягнень науки і техніки.

Аналізуючи висловлені вище позиції, варто зазначити, що використання технічних засобів в адміністративно-правовій діяльності має гласний характер і підпорядковане розв'язанню завдань адміністративно-правової діяльності поліції. Порядок використання технічних засобів регламентується нормами адміністративного права. Основним принципом діяльності поліції є законність дій співробітників. Цей принцип є основним і у випадках застосування технічних засобів фіксації правопорушень.

Таким чином, детальне регламентування законодавством основних принципів використання технічних засобів фіксації правопорушень – це є вагомим аргументом, що принципам приділяється все більша увага і вони не носять загальний характер.

¹ Рекомендація Rec (2001) 10 Комітету Міністрів державам-учасникам Ради Європи «Про Європейський кодекс поліцейської етики» (Ухвалена Комітетом міністрів 19 вересня 2001 р. на 765-му засіданні заступників міністрів). URL: <https://pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/rec1.pdf>

² Міжнародна поліцейська енциклопедія: в 10 т. / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. Т. 2: Права людини у контексті поліцейської діяльності. 1224 с.

³ Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України: постанова ВРУ від 11.12.2014 р. № 26-VIII // *Офіційний вісник України*. 2014. № 102. Ст. 3005.

⁴ Теорія держави та права: навч. посіб. / Є.В. Білозьоров, В.П. Власенко та ін.; за заг. ред. С.Д. Гусарева. Київ: НАВС, Освіта України, 2017. 320 с.

⁵ Медичне право України: монографія / С.Г. Стеценко, О.Г. Пелагеша. Київ: Атика, 2013. 144 с. С. 31.

⁶ Колодій А.М. Принципи права України. Київ: Юринком-Інтер, 1998. 208 с. С. 13.

⁷ Коваль О.А. Формування принципів права. *Вісник Академії адвокатури України*. 2006. Вип. 6. С. 22–26. С. 26.

⁸ Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підручник. 2-ге вид. Київ: Алєрта; КНТ; ЦУЛ, 2010. 520 с. С. 237.

⁹ Закон України «Про Національну поліцію»: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2018 р. (офіц. текст). Київ: ПАЛИВОДА А.В., 2018. 104 с.

¹⁰ Теорія держави та права: навч. посіб. / Є.В. Білозьоров, В.П. Власенко та ін. ; за заг. ред. С.Д. Гусарєва. Київ: НАВС, Освіта України, 2017. 320 с. С. 11.

¹¹ Закон України «Про Національну поліцію»: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2018 р. (офіц. текст). Київ : ПАЛИВОДА А.В., 2018. 104 с. С. 11.

¹² Спеціальна техніка: основні поняття, терміни та визначення: навч. посіб. / М.В. Кобець, Б.В. Жуков, П.П. Артеменко, В.А. Кудінов. Київ: Аванпост – Прим, 2013. 192 с. С. 26.

Резюме

Бакутін Є.І. Принцип законності в діяльності поліції під час використання технічних засобів фіксації адміністративних правопорушень.

У статті висвітлено аналіз основних правових принципів, зокрема принципу законності. У сучасних умовах правоохоронна діяльність поліції не може успішно здійснюватися без належного застосування досягнень науки і техніки. Роль та мета науки – пошук проблемних місць, їх дослідження та пропозиції шляхів усунення недоліків та напрямів удосконалення. Серед базових принципів, які сприяють якісному впровадженню, розвитку та діяльності використання технічних засобів, є: законність; ефективність; етичність; науковість; безпека; збереження доказів тощо.

Вирішення заперечень, колізій потребує забезпечення належної регламентації порядку притягнення правопорушника до відповідальності, зокрема в частині збору, дослідження та оцінки доказів – доказування, що, в свою чергу, вимагає проведення всебічних наукових досліджень зазначених проблем. Роль поліції в захисті та забезпеченні верховенства є настільки значною, і це стало аксіомою, що, спостерігаючи за поведінкою поліції у демократичній державі, можна судити про рівень демократії у ній.

Ключові слова: «служити та захищати», законність застосування технічних засобів, документальне оформлення застосування технічних засобів, верховенство права, законність в діяльності поліції, технічні засоби, загальноєвропейські стандарти функції поліції, науково-технічний прогрес, Рада Європи.

Резюме

Бакутін Е.И. Принцип законности в деятельности полиции при использовании технических средств фиксации административных правонарушений.

В статье освещены анализ основных правовых принципов, в частности принципа законности. В современных условиях правоохранительная деятельность полиции не может успешно осуществляться без надлежащего применения достижений науки и техники. Роль и цель науки – поиск проблемных мест, их исследование и предложение путей устранения недостатков и направлений совершенствования. Среди базовых принципов, которые способствуют качественному внедрению, развитию и деятельности использованию технических средств, являются: законность; эффективность; этичность; научность; безопасность; сохранения доказательств и тому подобное.

Решение возражений, коллизий требует обеспечения надлежащей регламентации порядка привлечения правонарушителя к ответственности, в частности, в части сбора, исследования и оценки доказательств – доказывания, что, в свою очередь, требует проведения всесторонних научных исследований указанных проблем. Роль полиции в защите и обеспечении верховенства настолько значительна, и это стало аксиомой, что, наблюдая за поведением полиции в демократическом государстве, можно судить об уровне демократии в ней.

Ключевые слова: законность в деятельности полиции, технические средства, общеевропейские стандарты функции полиции, административная ответственность, научно-технический прогресс, Совет Европы.

Summary

Yevhen Bakutin. The principle of legality in the activities of the police during the use of technical means of recording administrative offenses.

The article covers the analysis of the basic legal principles, in particular the principle – legality. In modern conditions, law enforcement police cannot be successfully carried out without proper application of advances in science and technology. The role and purpose of science – the search for problem areas, their research and suggestions for ways to eliminate shortcomings and areas for improvement. Among the basic principles that contribute to the quality implementation, development and use of technical means are: legality; efficiency; ethics; scientificity; security; preservation of evidence, etc.

In the context of understanding principles, it is a means to ensure the integrity of the legal system and the effectiveness of law as a social regulator. Considering the scope of the use of technical means for fixing offenses, the principles that are specified to this object of legal regulation, can contribute to the effectiveness of police law. Effectiveness in this sense is considered as a resultant influence of the law with the achievement of the most expedient for society and the state of results.

The main features of the principles: objectively predetermined by the social environment, the nature of social relations and have a reverse effect on them; is an ideological creature, the result of the development of the legal consciousness of society, and at the same time aimed at promoting the growth of the legal consciousness of society, its culture; is an ideological basis for objective law, expressly expresses the laws of its development, essence and social purpose; describe (specify) the established right, make uniformity in the system of legal norms; serve as the basic principles of legal regulation of social relations, provide coherence to all of its mechanism, act as guidelines for the formation and improvement of the legal system, its framework, support, reflect the objectively existing ties between the elements of the legal system and the social system; accumulate world experience in the development of law, embody democratic and humanistic traditions and at the same time constitute the legal values that are part of the world legal treasury.

Key words: legality of the police, technical means, pan-European standards for police functions.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.37

УДК 349.2

Л.В. ВАКАРЮК, І.І. БАБІН

*Людмила Василівна Вакарюк, доктор юридичних наук, доцент, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича**

ORCID: 0000-0003-0263-7665

*Ігор Іванович Бабін, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича***

ORCID: 0000-0002-6603-4380

ДО ПИТАННЯ КРИТЕРІЇВ КЛАСИФІКАЦІЇ ТРУДО-ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ

Постановка проблеми. Вийшовши за межі адміністративного управління, категорія «правовий режим» стала широко використовуватися в різних галузях законодавства. Внаслідок цього, залежно від предмета правового регулювання, правові режими поділяються на конституційні, цивільно-правові, адміністративно-правові, трудові, земельні, фінансові, митні та інші правові режими, що регулюють комплекс однорідних суспільних відносин. На жаль, у науці трудового права проблема правового режиму досліджувалася фрагментарно, а відтак і не піддавалася аналізу його класифікація. Відсутність чіткої класифікації правових режимів у трудовому праві, обумовлена низкою об'єктивних та суб'єктивних чинників, не сприяє їх визначенню та застосуванню на практиці. У той час як з позицій практики класифікація має важливе значення як для підтвердження, так і виявлення нових властивостей трудо-правових режимів, що обумовлює актуальність та доцільність проведення подальших досліджень з обраної проблематики.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Огляд юридичної наукової літератури засвідчив, що правові режими піддаються класифікації за різними критеріями. Залежно від сфери встановлення режиму виділяють технічні, соціальні, політичні, економічні, правові режими. Усі вони займають своє місце в процесі життєдіяльності людини і лише на першій погляд здаються незначними. Правові режими в юридичній літературі класифікуються залежно від: предмета правового регулювання; (ix) юридичної природи; змісту; суб'єктів, стосовно яких режим встановлюється; функцій права; форми вираження; рівня нормативних актів, якими вони встановлені; сфер використання¹; за приналежністю норм права; за сферами реалізації публічного інтересу; за засобами правового регулювання²; відповідно до ступеня належності щодо гарантування безпеки; залежно від території; за часом дії; за об'єктами; за видами діяльності; залежно від масштабу волі фізичної чи юридичної особи щодо використання власних ймовірностей задля здійснення суб'єктивних прав³. Наприклад, Н.В. Коваленко таку багатогранність підходів до класифікації правових режимів пояснює, з одного боку, тією обставиною, що науковці досі не знайшли єдності в поглядах на категорію «правовий режим», з іншого боку, продовжує вчена, хоча інститут адміністративно-правових режимів не є новим для правової науки та практики, проте його досі важко зарахувати до розроблених правових категорій⁴. З цих позицій, як стверджує Т.П. Мінка, головне у класифікації... не пошук нових критеріїв, а вибір таких, що допомогли б виробити достатньо повну уяву про типологію... правових режимів⁵.

Формулювання мети статті. Метою статті є з'ясування підходів до класифікації правових режимів у юридичній науковій літературі та, враховуючи соціально-правову природу правового режиму в трудовому праві, виокремлення критеріїв класифікації трудо-правового режиму.

Виклад основного матеріалу. Об'єктом нашого дослідження є трудо-правовий режим, його види, що обумовлені специфікою предмета цієї галузі, об'єктом правового регулювання трудових відносин, правовим статусом суб'єктів суспільних відносин у сфері найманої праці, галузевими принципами правового регулю-

© Л.В. Вакарюк, І.І. Бабін 2020

* *Lyudmila Vakaryuk, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

** *Igor Babin, Ph.D. in Law, Associate Professor, Professor of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

вання та багато в чому визначаються особливостями цієї галузі права, її метою, завданнями і функціями. Невирішеність проблем трудо-правового режиму, починаючи з його теоретичного осмислення та структурування його теорії, призводить до того, що закріплення того чи іншого його виду викликає зворотній ефект – плутанину у правовому регулюванні суспільних відносин у сфері найманої праці та ускладнення процесу реалізації режимних стандартів та правил⁶. Тому комплексне дослідження трудо-правового режиму як самостійного правового явища передбачає й з'ясування відповідних критеріїв класифікації, що є одним із способів пізнання трудового права як галузі. Але щоб виокремити критерії класифікації трудо-правового режиму, необхідно насамперед звернутися до етимології вказаного слова, для того, щоб визначити більш-менш об'єктивний критерій його класифікації. Адже, як підкреслюється в юридичній літературі, класифікація – це не тільки спроба нашої свідомості, спираючись на визначені ознаки дійсності, упорядкувати наші знання про неї, а й одночасно відображення повноти й глибини знання⁷.

В юридичній науці класифікація, що здійснюється з правової точки зору, зазвичай є багатоманітною і проводиться за різними критеріями та з відповідною метою. Основне в класифікації – щоб вона не була штучною, а носила об'єктивний характер. Необхідно також підкреслити й те, що основна маса способів класифікації має дещо узагальнений характер. Звичайно, певні якості того чи іншого правового явища все ж можна позначити, однак необхідно виходити з основного призначення тих чи інших правових засобів, щоб за допомогою класифікації підкреслити їх головні якісні характеристики⁸. Саме з цих позицій В.Є. Жеребкін наголошує на природних та допоміжних класифікаціях. Природна класифікація – це розподіл предметів або явищ за групами (класами) на основі їхніх істотних ознак. Як приклад такої класифікації у юридичній науці можна навести систему права України, розподіл галузей права за предметом правового регулювання. Допоміжна класифікація – розміщення предметів або явищ у певному порядку за певною зовнішньою ознакою. Допоміжна класифікація дає змогу легше і швидше відшукати той чи інший предмет серед інших класифікованих предметів⁹.

Трудо-правовий режим, як і інші галузеві режими, є правовою категорією, тому логічно, що він буде піддаватися класифікації з позицій права. А юридична класифікація являє собою систему пов'язаних понять (класів, об'єктів) у будь-якій галузі знань або діяльності людини, що використовується як засіб для встановлення зв'язків між цими поняттями та класами об'єктів¹⁰. Тому критерії саме правової класифікації повинні відповідати таким вимогам: мати у своїй основі постійні, фундаментальні, а не тимчасові та випадкові фактори; бути більш-менш визначеними ознаками-критеріями; мати сталий об'єктивний характер; вирізняти основний, домінуючий критерій у разі, коли в основу класифікації правових систем покладено не одну, а кілька ознак критеріїв¹¹.

Якщо брати законодавчий рівень класифікації правових режимів, то можна констатувати, що законодавець предметно не проводить вказаного розмежування, згадуючи правові режими лише за їх об'єктами. Проте, не зважаючи на цю обставину, все ж таки шляхом аналізу різних рівнів правових актів можна здійснити таку класифікацію, тим паче, що в юридичній літературі виділяються два підходи до класифікації правових режимів: «нормативний, який вироблений законодавчою практикою, і науковий»¹². При цьому зауважується, що науковий підхід такої класифікації має умовний характер і не має практичного значення. На нашу думку, навпаки, правильно визначений вид правового режиму на практиці ефективніше впливає на суспільні відносини у сфері праці. Як зауважує Є.А. Березіна, «при вмілому використанні знань про класифікацію та особливості окремих складових різних правових режимів суб'єкти правотворчості можуть в більшій мірі ефективно регулювати суспільні відносини за допомогою правових норм, а правозастосовувачі – ефективніше здійснювати їх реалізацію, оскільки їм стає зрозумілою логіка права, взаємозв'язок видів функцій права, правових норм, способів і типів правового регулювання, способів реалізації права всередині окремих правових режимів»¹³. У протилежному випадку постає просте логічне питання, в чому тоді сенс таких класифікацій, які не несуть ніякої пізнавальної значущості?

Відомий теоретик права С.С. Алексєєв залежно від співвідношення способів правового регулювання, пропонував поділяти правові режими на первинні та вторинні. При цьому, на думку вченого, якщо первинні правові режими відображають співвідношення способів регулювання у певній частині соціального життя, то вторинні правові режими виражають модифікацію первинних режимів, «ускладнюючи» їх правилами про певні переваги, додаткові права чи обмеження осіб, на які поширює свою дію цей режим¹⁴. І.О. Соколова, притримуючись запропонованої С.С. Алексєєвим класифікації, зазначає, що первинний правовий режим за допомогою використання техніко-юридичного прийому виключення, може бути як загальнодозволяним, так і спеціальнодозволяним¹⁵. Цю позицію поділяє і представник науки фінансового права М.П. Кучерявенко, який у своїй монографічній праці поряд з первинними режимами виділяє і характеризує вторинні податково-правові режими¹⁶.

Отже, правові режими, залежно від характеру способів правового регулювання, їх співвідношення (поєднання) між собою поділяються на первинні або основні і вторинні, допоміжні. Стосовно видів режимів трудового права ми будемо апелювати поняттями «основні» і «допоміжні» режими, оскільки це більшою мірою відповідає суті самої галузі трудового права. Основні режими – це ті, які вміщуються, концентруються в одному із способів правового регулювання трудових відносин і таким чином сприяють визначенню, спрямованості правового регулювання трудових відносин в цілому. Допоміжні режими – це ті, які шляхом співвідношення чи поєднання відповідних способів правового регулювання забезпечують специфіку діяльності підприємства, установи, організації, здійснення трудової діяльності сторін трудових відносин. Така класифікація має нормативний характер. Наприклад, Закон України «Про оплату праці»¹⁷ закріплює два способи правового регулювання оплати праці: державний і договірний. Так, якщо йдеться про оплату праці працівників підприємств усіх форм власності шляхом встановлення розміру мінімальної заробітної плати та

інших державних норм і гарантій, встановлення умов і розмірів оплати праці керівників підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, працівників підприємств, установ та організацій, що фінансуються чи дотуються з бюджету, а також шляхом оподаткування доходів працівників застосовується основний правовий режим, який концентрує свою дію у державному способі правового регулювання. Якщо ж йдеться про організацію оплати праці на підприємствах, тобто питань щодо форм і систем оплати праці, норм праці, розцінок, тарифних сіток, схем посадових окладів, умов запровадження та розмірів надбавок, доплат, премій, винагород та інших заохочувальних, компенсаційних і гарантійних виплат, то застосовується допоміжний щодо державного регулювання правовий режим, який концентрує свою дію у договірному способі правового регулювання. Разом із тим, завдяки галузевим принципам правового регулювання, зокрема, принципу соціального партнерства, співвідношення державного і договірному регулювання трудових відносин, ці режими можуть комбінуватися у відповідних способах правового регулювання трудових відносин шляхом співвідношення чи поєднання.

Іншими словами, від характеру способів правового регулювання залежить відповідний вид правового режиму: основний чи допоміжний. Враховуючи форму власності юридичної особи, правовий статус суб'єктів трудових відносин – працівника і роботодавця, зважаючи на те, що працівник є слабшою у економічному розумінні стороною трудового договору, порівняно з роботодавцем, необхідно орієнтуватися на договірні начала, які, вмонтовуючись як в основний, так і в допоміжний режими свідчать про відповідний клімат трудових зв'язків на підприємстві, які виражаються у режимі робочого часу, часу відпочинку, оплаті праці, пільгах, гарантіях, дисципліні праці тощо. Саме вказані критерії дають реальну картину щодо правового життя на підприємстві, установі, організації. Це є важливим насамперед для забезпечення внутрішнього розпорядку, дисципліни праці та встановлення відповідальності.

Законодавець якраз і покликаний «налаштувати» правові засоби на конкретний режим роботи, створювати для тих чи інших станів специфічний юридичний клімат. При зміні відповідного становища повинні змінюватися і відповідні правові режими¹⁸. Іноді ж, навпаки, окремих видів правового режиму має сприяти зміні відповідних загальних правил, застосовуючи винятки із загального правила. Так, при проведенні звільнення роботодавець вправі в межах однорідних професій і посад провести перестановку (перегрупування) працівників і перевести більш кваліфікованого працівника, посада якого скорочується, з його згоди на іншу посаду, звільнивши з неї з цих підстав менш кваліфікованого працівника¹⁹.

Режими, для яких характерним є вплив на однорідну сферу суспільних відносин у сфері праці, класифікуються відповідно до правових засобів, утворюючи при цьому багаторівневий поділ, що пов'язується з переходом від родових об'єктів до видових, які, об'єднуючись в єдину систему, утворюють єдиний галузевий режим, що характеризує специфіку трудового права як галузі. Оскільки трудове право як галузь права є поєднанням приватних і публічних елементів, то ця його особливість відобразилась і на класифікації видів трудо-правового режиму. Відтак залежно від критерію інтересу, який задовольняється, увесь масив правових режимів у сфері найманої праці можна поділити на такі види, як правові режими у сфері приватного права та правові режими у сфері публічного права. Така класифікація обумовлена тим, що в сучасний період для правового регулювання трудових відносин характерне поєднання державних і договірних способів правового регулювання з метою пошуку оптимального балансу між соціальною і виробничою сферою і задоволення на цій основі, з одного боку, приватних інтересів працівника і роботодавця, а, з іншого – публічного інтересу держави. Це дасть можливість запроваджувати ефективні юридичні режими в правове регулювання суспільних відносин у сфері праці. Окрім того, державне регулювання буде слугувати створенню стабільних юридичних режимів, за допомогою яких досягатиметься забезпечення як приватних інтересів та самостійності господарюючих суб'єктів, так і публічних інтересів.

Зауважимо, що зміщення акцентів з централізованого до децентралізованого регулювання дає можливість чіткого виділення конкретного правового режиму не тільки у галузях публічного права, а й у галузях приватного права, з тією лиш різницею, що такі режими об'єднані диспозитивним (договірним) способом (методом) правового регулювання відповідних суспільних відносин. У галузях приватного права правовий режим навпаки залишає суб'єкту права на автономію, свободу вибору поведінки. Оскільки чисто приватних і публічних галузей права немає, то такі правові режими поєднують свою комбінацію, співвідносяться між собою шляхом впливу на відповідні суспільні відносини. Як зазначає Н.В. Коваленко, публічно-правові й приватноправові режими можливо тлумачити через множину основних конструкцій юридичного впливу й захисту. Проте, зауважує вчена, варто зробити акцент на неможливості повністю поділити право на публічне й приватне. Галузі приватного права нерідко притаманні складові частини публічного права й навпаки²⁰.

Необхідно зазначити, що як приватноправовий, так і публічно-правовий режими є взаємопов'язаними між собою. Приватноправовий режим не існує без публічно-правового і навпаки. Як слушно підкреслює О.Д. Крупчан, публічне і приватне право, не зважаючи на перший погляд на їх різноплановість, утворюють діалектичну єдність, вони «мають сенс тільки у поєднанні – як приватне право ніщо без публічного, так і навпаки»²¹. Об'єктивною передумовою такої єдності засад «приватності» й «публічності» у державно-юридичному праві є така їхня загальна фундаментальна властивість, як соціальність. Саме вона лежить в основі їхньої взаємної «системності» та дає змогу піддавати їх закріпленню, регулюванню й контролю за допомогою певних соціальних важелів, інструментів²². У трудовому праві як приватноправовий, так і публічно-правовий режими діють у поєднанні та певному співвідношенні. Публічно-правовий режим зумовлений соціальним характером трудового права як галузі, покликаної забезпечити соціальні гарантії суб'єктів трудових відносин та встановити спеціальний правовий режим для окремих соціально незахищених категорій працівників. Приватноправовий режим забезпечує і повинен надалі забезпечувати широке коло можливостей, завдяки яким «суб'єкти трудових відносин встановлювали б ті нормативні правила поведінки, які, на їх погляд,

відображали б їх соціальні інтереси і були економічно обґрунтованими». Приватноправовий режим зазвичай ґрунтується на публічно-правовому режимі і є деякою мірою його продовженням.

З точки зору трудового права розкривати його сутність та призначення як галузі доцільно не тільки через особливості норм трудового права, метод, функції, принципи правового регулювання, а й через режими галузі, які мають соціальну спрямованість. Саме з цих позицій залежно від функцій трудового права доцільно виділити соціально-правовий режим, який поєднується з усіма іншими видами правових режимів, зокрема, з приватноправовим і публічно-правовим режимом, охоплює всі інститути трудового права, забезпечує диференціацію правового регулювання трудових відносин, принцип рівності, принцип свободи праці, заборону дискримінації тощо. Соціально-правовий режим своєю чергою поділяється на обмежувачий та стимулюючий. Саме ці режими є домінуючими у трудовому праві як галузі, об'єктивно і закономірно впливають із самої природи суспільних відносин у сфері застосування найманої праці, потреби в праці та її носія – людини-праці. У зв'язку з цим держава у формуванні нової моделі правового регулювання соціально-трудо-вих відносин має виконувати функцію розмежування і забезпечення інтересів працівників і роботодавців, дотримуючись принципу соціальної справедливості.

Висновки. Таким чином, аналіз наукового доробку, присвяченого проблематиці критеріїв класифікації правових режимів, засвідчив, що в юридичній науковій літературі вченими пропонуються різноманітні підходи до класифікації правових режимів в цілому та галузевих правових режимів зокрема. Класифікацію трудо-правових режимів можна розглядати як один із способів пізнання розвитку трудового права як галузі. Трудовому праву, як і будь-якій іншій галузі права, властиві специфічні режими правового впливу, які визначаються особливостями галузі права, її призначенням, метою, завданнями, функціями. На вибір виду трудо-правового режиму впливає також правова, соціальна політика держави, яка є складовою законодавчої політики. При цьому, з огляду на природу трудового права та його соціальне призначення, вважаємо, що найбільш повно соціально-правову сутність та юридичний зміст правових режимів у трудовому праві розкриває соціально-правовий режим, який поділяється на обмежувачий та стимулюючий.

¹ Матузов Н.И., Малько А.В. Правовые режимы: вопросы теории и практики. *Правоведение*. 1996. № 1. С. 16–29.

² Мінка Т.П. Особливості класифікації адміністративно-правових режимів. *Форум права*. 2012, № 3. С. 457.

³ Коваленко Н.В. Адміністративно-правові режими: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Запорізький нац. ун-т. Запоріжжя, 2017. С. 283–285.

⁴ Там само. С. 287.

⁵ Мінка Т.П. Особливості класифікації адміністративно-правових режимів. *Форум права*. 2012, № 3. С. 457.

⁶ Вакарюк Л.В. Проблеми матеріального правового режиму в трудовому праві України. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2018. № 2. С. 109 (Серія «Юридичні науки»).

⁷ Мінка Т. Підходи до класифікації адміністративно-правових режимів. *Публічне право*. 2011. № 2. С. 43.

⁸ Родионов О.С. Механизм установления правовых режимов Российским законодательством: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Саратовская государственная академия права. Саратов, 2001. С. 112.

⁹ Жеребкін В.Є. Логіка: підручник. 10-е вид., стер. Київ: Знання, 2008. С. 86.

¹⁰ Кузніченко С.О. Становлення та розвиток інституту надзвичайних адміністративно-правових режимів в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2010. С. 46.

¹¹ Марченко М.Н. Теория государства и права: учебник / под ред. М.Н. Марченко. Москва: Изд-во «Зерцало», 2004. С. 142.

¹² Беляева Г.С. Правовой режим в общетеоретическом измерении: монография. Москва: Юрлитинформ, 2013. С. 88.

¹³ Березина Е.А. К вопросу о понятии и видах правовых режимов. *Личность, право, государство*. 2017. № 2. С. 13–14.

¹⁴ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. Москва: Юрид. лит., 1989. С. 190.

¹⁵ Соколова І.О. Правовий режим: поняття, особливості, різновиди: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Нац. ун-т «Юридична академія України ім. Я. Мудрого». Харків, 2011. С. 11.

¹⁶ Актуальні питання науки фінансового права: монографія / М.П. Кучерявенко та ін.; за ред. М.П. Кучерявенка; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Харків: Право, 2010. С. 24.

¹⁷ Про оплату праці: Закон України від 24 березня 1999 р. № 108/95-ВР із змін. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/108/95-%D0%B2%D1%80>

¹⁸ Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты: монография / под ред. засл. деятеля науки РФ, д-ра юрид. наук, проф. А.В. Малько и д-ра юрид. наук, проф. И.С. Барзиловой. Москва: Юрлитинформ, 2012. С. 12.

¹⁹ Про оплату праці: постанову від 6 листопада 1992 р. № 9 / Пленум Верховного Суду. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-92>

²⁰ Коваленко Н.В. Адміністративно-правові режими: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Запорізький нац. ун-т. Запоріжжя, 2017. С. 263.

²¹ Крупчан О.Д. Реализация прав и свобод граждан: публичные и частные аспекты. *Приватне право і підприємництво*. 2003. Вип. 3. С. 5–11.

²² Рабінович П.М. Приватне й публічне у природному праві та українському законодавстві. *Юридична Україна*. 2004. № 6. С. 28.

Резюме

Вакарюк Л.В., Бабін І.І. До питання критеріїв класифікації трудо-правових режимів.

У статті аналізуються основні підходи до класифікації правових режимів, запропоновані представниками загальної теорії права та інших галузевих наук, пропонуються критерії виокремлення трудо-правового режиму. Наголошується, що проведення класифікації правових режимів у трудовому праві має велике наукове та практичне значення, а саму класифікацію трудо-правових режимів можна розглядати як один із способів пізнання розвитку трудового права як галузі. Робиться висновок, що найбільш повно соціально-правову сутність та юридичний зміст правових режимів у трудовому праві розкриває соціально-правовий режим, який в свою чергу поділяється на обмежувачий та стимулюючий.

Ключові слова: класифікація правових режимів, критерії класифікації, правовий режим, трудо-правовий режим, трудове право, соціально-правовий режим.

Резюме

Вакарюк Л.В., Бабін І.І. К вопросу о критериях классификации трудо-правовых режимов.

В статье анализируются основные подходы к классификации правовых режимов, предложенные представителями общей теории права и других отраслевых наук, предлагаются критерии выделения трудо-правового режима. Отмечается, что проведение классификации правовых режимов в трудовом праве имеет большое научное и практическое значение, а саму классификацию трудо-правовых режимов можно рассматривать как один из способов познания развития трудового права как отрасли. Делается вывод, что наиболее полно социально-правовую сущность и юридическое содержание правовых режимов в трудовом праве раскрывает социально-правовой режим, который в свою очередь делится на ограничивающий и стимулирующий.

Ключевые слова: классификация правовых режимов, критерии классификации, правовой режим, трудо-правовой режим, трудовое право, социально-правовой режим.

Summary

Lyudmila Vakaryuk, Igor Babin. On the question of the criteria for the classification of labor regimes.

The article analyzes the basic approaches to the classification of legal regimes proposed by the representatives of the general theory of law and other branch sciences, proposes the criteria for the separation of the labour-law regime. It is emphasized that the classification of legal regimes in labor law is of great scientific and practical importance, and the classification of labour-law regimes can be considered as one way of knowing the development of labor law as a branch.

The labor-law regime, like other sectoral regimes, is a legal category, so it is logical that it will be classified from a legal perspective. Regimes characterized by an impact on the homogeneous sphere of social relations in the labor field are classified according to the legal means, thus forming a multilevel division, which is associated with the transition from generic objects to species, which, uniting in a single system, form a single branch regime that characterizes the specifics of labor law as an branch. Since labor law as a branch of law is a combination of private and public elements, this feature is also reflected in the classification of types of labor-law regime. Therefore, depending on the criterion of interest being satisfied, the whole array of legal regimes in the field of hired labor can be divided into such types as legal regimes in private law and legal regimes in public law.

Depending on the functions of labor law, it is advisable to distinguish the social-legal regime, which, in combination with all other types of legal regimes, in particular, with the private-law and public-law regime, covers all institutions of labor law, provides differentiation of legal regulation of labor relations, the principle of equality, the principle of freedom of work, non-discrimination, etc. It is concluded that the most complete socio-legal nature and legal content of legal regimes in labor law reveals precisely the social-legal regime, which is divided into restrictive and stimulating.

Key words: classification of legal regimes, classification criteria, legal regime, labour-law regime, employment law, social legal regime.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.38

УДК 346.34

Н.В. НИКИТЧЕНКО, В.О. ОСТРИНСЬКИЙ

*Наталія Валеріївна Никитченко, доктор юридичних наук, завідувач кафедри Університету Державної фіскальної служби України**

ORCID: 0000-0001-9545-1434

*Владислав Олегович Остринський, аспірант Університету Державної фіскальної служби України***

ORCID: 0000-0001-7157-6048

ПРОБЛЕМИ ВИБОРУ ПРАВА ТА ЙОГО ОБМЕЖЕННЯ ПРИ УКЛАДЕННІ ЕРС-КОНТРАКТІВ

Постановка проблеми. Питання визначення права при укладенні ЕРС-контрактів з нерезидентами набувають сьогодні дедалі більшого значення у зв'язку зі стрімким розвитком відновлювальної енергетики, міжнародних економічних відносин, інтенсифікації міжнародної науково-технічної кооперації тощо. Міжнародні інвестори, розуміючи недосконалість системи правового регулювання суспільних відносин в Україні, намагаються якомога більше захистити власний капітал та інтереси, здійснюючи інвестиції в національну економіку. У цьому їм допомагає принцип автономії волі. Важливість цього принципу заснована на тому, що законодавство багатьох держав, зокрема і України, та окремі міжнародні документи дозволяють сторонам, які мають намір укласти зовнішньоекономічний договір з іноземним елементом, обирати застосовуване до

© Н.В. Никитченко, В.О. Остринський, 2020

* *Nataliia Nykytchenko, Dr. hab. in Law, Head of Department of the National University of the State Fiscal Service of Ukraine*

** *Vladyslav Ostrynskiy, Postgraduate student of the National University of the State Fiscal Service of Ukraine*

нього право. Разом із тим існують обмеження щодо застосування права інших країн для регулювання певних суспільних відносин, навіть якщо йдеться про укладення правочинів з нерезидентами.

Зростання інтересу до укладення ЄРС-контрактів з приватними особами, які належать до юрисдикції різних держав, та активне налагодження зовнішньоекономічних стосунків приводить до того, що все більше юристів-практиків мають справу з проблемою пошуку належного закону, який би зміг належним чином врегулювати договірні правовідносини із застосуванням принципу автономії волі.

Таким чином, визначення застосовуваного права до ЄРС-контрактів, що укладаються з нерезидентами, має вирішальне значення для їх належного виконання та розгляду зовнішньоекономічних спорів як вітчизняними судами, так і міжнародними комерційними арбітражними інститутами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням реалізації принципу автономії волі та вибору суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності права, за яким регулюватиметься укладення та виконання контрактів, активно досліджувалось, зокрема, такими вітчизняними науковцями, як: В.І. Кисіль, Л.А. Шевченко, С.М. Задорожна, К.Г. Цірат, Е. М. Грамацький, А. П. Беляева та інші. Водночас, не применшуючи внеску та значення цих та багатьох інших досліджень, слід підкреслити, що проблемі обмеження принципу автономії волі було приділено недостатньо уваги.

Формулювання мети статті. Метою статті є здійснення аналізу законодавчих обмежень щодо реалізації принципу автономії волі при укладенні компаніями-резидентами ЄРС-контракту з іноземним елементом.

Виклад основного матеріалу. Автономія волі є фундаментальним принципом при укладенні зовнішньоекономічних договорів. Вказане правило відображене у ст. 6 Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон), відповідно до якої учасники наділені правомочністю самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин, у випадках, передбачених законом¹.

Як слушно зауважує В.І. Кисіль, автономія волі отримала закріплення майже в усіх міжнародних договорах, що стосуються вибору права, компетентного регулювати договірні зобов'язання. Достатньо вказати на найбільш відомі з них: Гаазька конвенція про право, застосовуване до міжнародної купівлі-продажу товарів 1955 р., Гаазька конвенція про право, застосовуване до агентських угод 1978 р., Римська конвенція про право, застосовуване до договірних зобов'язань 1980 р., Гаазька конвенція про право, застосовуване до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р., Міжамериканська конвенція про право, застосовуване до міжнародних контрактів 1994 р., Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, укладена між державами СНД у 1992 р., а також Конвенція країн СНД про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р. Так, у обох Угодах країн СНД вказано, що права і обов'язки сторін в угоді визначаються за законодавством місця укладання, якщо інше не встановлено погодженням сторін².

Принцип свободи договору передбачає право вибору виду договору сторонами, які мають намір його укласти. Згідно з ч. 2 ст. 628 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір)³. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору. Таким чином, зважаючи на вищевказану норму ЦК України, ЄРС-контракт можна віднести до змішаного договору, адже він поєднує в собі окремі елементи договору будівельного підряду, поставки, інжинірингу та надання послуг.

Разом із тим ч. 1 ст. 382 Господарського кодексу України (далі – ГК України) передбачає, що суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають право укладати будь-які зовнішньоекономічні договори (контракти), крім тих, укладення яких заборонено законодавством України⁴, тобто законодавець таким чином підкреслює, що принцип свободи договору в Україні не є абсолютним.

Аналогічного висновку можна дійти, проаналізувавши положення Закону України «Про міжнародне приватне право». Якщо ч. 1 ст. 5 Закону визначає, що у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин, то ч. 1 ст. 43 зазначеного Закону вже уточнює, що сторони договору можуть обрати право, яке застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України.

Якщо проаналізувати положення ст. 12 Закону, то можна з'ясувати, що законодавець передбачив можливість не лише обмежити вибір права, але й надав вказівку на те, як повинні регулюватись відносини сторін у разі, якщо застосування права іноземної держави призведе до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. Пленум Верховного Суду України у п. 12 постанови «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24 грудня 1999 р. визначив **публічний порядок як правопорядок держави**, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)⁵.

Норма Закону, зокрема ч. 1 ст. 12, передбачає, що застосуванню підлягає право, яке має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України. Так, відповідно до положень ч. 2 ст. 44 Закону, правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається:

- 1) щодо договору про нерухоме майно – право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації – право держави, де здійснена реєстрація;
- 2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт – право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати;

3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі – право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Обмежує дію принципу автономії волі також положення законодавства про обхід закону як застереження щодо недобросовісного вибору права. Так, відповідно до ст. 10 Закону, правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону.

У деяких правових системах мають місце обмеження права вибору, наприклад, колом держав, з якими договір має фактичний зв'язок (наприклад, відповідно до ст. 25 Закону про міжнародне приватне право Польщі сторони можуть обрати право, з яким зобов'язання «взаємно пов'язане»; згідно зі ст. 1–105 Уніфікованого торговельного кодексу США, можна обрати право тієї держави, з якою «угода має розумний зв'язок»).

Невід'ємною складовою принципу автономії волі є можливість сторін здійснювати вибір юрисдикції для різних елементів угоди. Положення ч. 4 ст. 5 Закону, відповідно до якого «вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим», свідчить про опосередковане закріплення цього явища, яке отримало назву «*dépeçage*» (фр. *dépeçage* – розчеплення), і з приводу якого існує декілька позицій науковців. Зокрема, М. Гуліано та П. Лагарде у своїх працях висвітлюють дві основні концепції. Одні експерти стверджують, що у разі, якщо контракт складається з декількох частин (договорів), які є юридично та економічно незалежними, то вони можуть регулюватись правом декількох країн, однак, якщо цього немає – до всіх елементів контракту має застосовуватись єдине право. Інші вказують, що розмежування юрисдикцій напряду пов'язане з принципом свободи договору, який не може бути забороненим⁶. Разом із тим вважаємо, що обидві позиції є цілком обґрунтованими, однак, відповідно до існуючої практики, схилиємось до думки першої групи науковців, адже навіть часткове ігнорування імперативних норм законодавства тієї чи іншої країни, відповідно до застосовуваного права, може призвести до унеможливлення виконання договірних зобов'язань в цілому. Цілком логічною є позиція прихильників теорії «*dépeçage*» щодо введення ряду захисних положень, до яких можна віднести наявність імперативних норм у правовій системі певної держави, які б унеможливили обхід закону, та містили застереження про публічний порядок.

Ще одним важливим моментом, пов'язаним з автономією волі, є можливість вибору права після укладення договору. Так, наприклад, у Законі про міжнародне приватне право Швейцарії прямо зазначено: «Вибір права може бути здійснено будь-коли. Якщо вибір права робиться після укладення договору, то він має зворотну силу з моменту укладення договору. Права третіх осіб не зачіпаються» (ч. 3 ст. 116).

Опосередковано це положення відображено в ч. 5 ст. 5 Закону, відповідно до якого вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при вчиненні правочину, на різних стадіях його виконання тощо. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотну дію і є дійсними з моменту вчинення правочину, але не можуть:

1) бути підставою для визнання правочину недійсним у зв'язку з недодержанням його форми;

2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права.

На останній підпункт вищезгаданої статті Закону слід звернути окрему увагу при укладенні будь-якого зовнішньоекономічного договору та ЕРС-контракту зокрема, адже у багатьох випадках зобов'язання за такими контрактами забезпечуються банківськими гарантіями, поручительством третьої особи чи гарантіями материнських компаній. Доктрина, законодавство і судова практика виходять з того, що вибір сторонами застосовуваного права не повинен створювати негативних наслідків для реалізації прав та інтересів таких третіх осіб.

Також науковці виокремлюють два види реалізації принципу автономії права: явний (вказівка в угоді або в окремому документі, застосування загального принципу визначення права) та непрямої (неявний) (тлумачення здійснюється на основі дій, умов правочину чи обставин справи, ходу попередніх переговорів, вказівки на норми певного акта та обрання певної судової інстанції)⁷.

Застосування міжнародних джерел права, наприклад, Принципів міжнародних комерційних договорів (принципів УНІДРУА) може стати в пригоді сторонам у разі, якщо їм не вдалося дійти згоди щодо права, яке підлягає застосуванню. Як зазначається у рішенні господарського суду м. Києва від 9 липня 2010 у справі № 32/339, сторони погодились з тим, що в процесі розгляду та вирішення спору, а також з усіх питань, не передбачених даним контрактом, вони будуть керуватись нормами міжнародного права, зокрема, Віденською Конвенцією ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів і нормами права місця укладення контракту⁸.

Як слушно зауважує К.Г. Цірат, щодо практики вирішення спорів з приводу права, за яким повинні регулюватись правовідносини в зовнішньоекономічному договорі, то в цьому випадку у більшості справ, які розглядалися Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України (далі – МКАС при ТПП України), сторони здійснювали вибір права, прописуючи це або в основному договорі, або в арбітражному застереженні. Разом із тим існує принаймні одна справа, яка розглядалася у МКАС при ТПП України, де сторони здійснили усний вибір права під час судового засідання (справа № 40, рішення від 15 жовтня 2009 р.). У рішенні вказано: «Позивач у позовній заяві обґрунтував свої позовні вимоги посиланням на норми матеріального права України. Відповідач у відповідь на позовну заяву вказує, що сторони в контракті не узгодили питання про те, матеріальне право якої країни підлягає застосуванню під час вирішення спору. Разом із тим позивач під час подачі позову правовими підставами для своїх позовних вимог вказав ст. 22, 526 та 692 ГК України. Виходячи із цього, відповідач свої заперечення на заявлені позовні вимоги

виклав також відповідно до матеріального права України...». У подальшому позивач у своїх коментарях у справі також посилався на норми права України. Стаття 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає, що учасники правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню, до змісту правовідносин. Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при вчиненні угоди, на різних стадіях її виконання і т. п. Вибір права, здійснений після вчинення угоди, має зворотню дію і є дійсним з моменту вчинення угоди. Відповідно до ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», п. 1 ст. 14 Регламенту МКАС при ТПП України Арбітражний суд вирішує спір згідно з тими нормами права, які сторони обрали в якості застосованих до суті спору. Таким чином, враховуючи вибір права, здійснений сторонами на стадії вирішення спору у МКАС при ТПП України, а також положення п. 1 ст. 14 Регламенту МКАС при ТПП України, ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. ст. 5, 43 Закону України «Про міжнародне приватне право», було прийнято рішення про застосування до даного спору матеріального права України»⁹. Отже, у випадку, описаному вище, вибір права був здійснений у так званій «непрямій (неявній)» формі, про що дійшов висновку арбітражний суд на підставі конклюдентних дій сторін.

Щодо вибору права при укладенні ЕРС-контракту, то до нього застосовані всі ті перелічені вище обмеження, які передбачені Законом України «Про міжнародне приватне право», однак особливість структури такого контракту та механізми, що закладені в ньому розробниками, а саме Міжнародною Федерацією Інженерів-Консультантів (далі – FIDIC) досить складно узгодити з імперативними нормами вітчизняного законодавства.

Насамперед виникає проблема із так званими «заздалегідь оціненими збитками» (з англ. *liquidated damages*), адже українське законодавство містить пряму заборону сторонам договору обмежити власну відповідальність певним грошовим лімітом. Так, положення ч. 3 ст. 216 ГК України вказують на те, що господарсько-правова відповідальність базується на принципах, згідно з якими:

- потерпіла сторона має право на відшкодування збитків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі;
- передбачена законом відповідальність виробника (продавця) за недоброякісність продукції застосовується також незалежно від того, чи є застереження про це в договорі;
- сплата штрафних санкцій за порушення зобов'язання, а також відшкодування збитків не звільняють правопорушника без згоди другої сторони від виконання прийнятих зобов'язань у натурі;
- у господарському договорі неприпустимі застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції.

Таким чином, якщо до частини ЕРС-контракту, що урегулює відносини сторін з приводу поставки обладнання, можливо застосувати норми права іншої країни, то щодо виконання будівельних робіт цього зробити не вдасться, зокрема, через положення ч. 2 ст. 44 Закону (вказані вище), необхідність дотримання державних будівельних норм А.З.1-5:2016 Організація будівельного виробництва, Загальних умов укладення та виконання договорів підяду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668 тощо. Невиконання імперативних норм українського законодавства унеможливить введення об'єкта в експлуатацію, що, як наслідок, призведе до труднощів для сторони, яка виступала замовником будівельних робіт.

Подібної позиції дотримується і МКАС при ТПП України, зокрема, якщо взяти за до уваги той факт, що типові контракти в сфері аграрного сектору (за аналогією з ЕРС-контрактами), розроблені неурядовими профільними організаціями, такими як ФОСФА (FOSFA – The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations) – Федерація асоціацій торгівлі оліями, олійними продуктами і жирами та ГАФТА (GAFTA – The Grain and Feed Trade Association) – Міжнародна асоціація торгівлі зерном та кормами, показовим виглядає рішення арбітражного суду у справі № 79 від 25 грудня 2012 р.¹⁰

Так, на думку позивача, при вирішенні спору арбітражному суду необхідно керуватись положеннями типового контракту GAFTA № 78 у частині, що не вступає у протиріччя з умовами підписаного сторонами контракту, а субсидіарно до положень контракту та типового контракту GAFTA № 78 підлягає застосуванню англійське право. Відповідач стверджував, що у зв'язку з тим, що контракт укладений в Україні з відхиленнями від положень типової проформи контракту GAFTA № 78, то положення останнього, які регулюються англійським правом, можуть мати лише «дорадчий» характер при застосуванні імперативних норм матеріального права України.

Розглянувши позиції сторін щодо цього питання, МКАС при ТПП України дійшов висновку про те, що для заповнення прогалін, не врегульованих контрактом та умовами і правилами, які містяться у формі стандартного контракту GAFTA № 78 і які не вступають у протиріччя з умовами контракту, має застосовуватися матеріальне право України.

Висновки. Отже, сьогодні в українському законодавстві та законодавстві багатьох інших країн існує низка обмежень принципу автономії волі, що призводить до обмеження вибору права під час укладенні зовнішньоекономічних контрактів, зокрема і ЕРС.

Як наслідок, при укладенні ЕРС-контракту виникає потреба у врегулюванні розбіжностей між вимогами різних юрисдикцій, адже, якщо відповідно до англійського права такі явища як «заздалегідь оцінені збитки» (з англ. *liquidated damages*) чи «обмеження відповідальності» (з англ. *limitation of liability*) мають місце у домовленостях двох сторін, то згідно з імперативними нормами українського законодавства такі положення договору можуть бути визнані судом чи арбітражем нікчемними. У такому випадку потрібно розуміти, що санкції в типовій формі ЕРС-контракту, які мають дзеркальний характер, як щодо поставки, так і щодо установки обладнання (будівельно-монтажних робіт та пусконаладжувальних робіт) не можуть бути аналогіч-

но відображені при укладенні ЕРС-контракту з компанією-нерезидентом на будівництво об'єкта в межах території України.

Також слід враховувати, що така поширена форма забезпечення зобов'язань за договором, як гарантія материнської компанії, повинна розробленою згідно з правом тієї країни чи території, де ця компанія зареєстрована, наприклад: ЕРС-контракт укладається в Україні за англійським правом, а материнська компанія підрядника зареєстрована в штаті Нью-Йорк, відповідно, і гарантія повинна відповідати законодавчим вимогам цього штату.

Насамкінець необхідно згадати про положення ст. 204 ЦК України, яка визначає, що правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним. Таким чином, поки сторони добросовісно виконуватимуть умови ЕРС-контракту, навіть якщо він не відповідає імперативним нормам українського законодавства, і ніхто з них не звернеться до суду за захистом своїх прав, такий правочин буде залишатись правомірним у разі, якщо суд не вирішить інакше.

¹ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15> (дата звернення: 15.06.2020).

² Кисіль В.І. Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання. *Юридичний журнал*. 2004. № 2. URL: https://vkr.ua/ua/publication/the_law_regarding_foreign_trade_agreements_regulatory_development_trends (дата звернення: 15.06.2020).

³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 15.06.2020).

⁴ Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15> (дата звернення: 15.06.2020).

⁵ Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 р. № 12. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99> (дата звернення: 15.06.2020).

⁶ M. Giuliano, P. Lagarde. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations / Archive of European Integration / University of Pittsburgh. URL: <http://aei.pitt.edu/1891/> (дата звернення: 15.06.2020).

⁷ Оніщенко В.В., Олефір А.О. Автономія волі сторін договору у зовнішньоекономічних відносинах. *Сучасні тенденції в юридичній науці України, м. Вінниця 18–19 березня 2016 р.* / Молодий вчений. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/conf/law/15march2016/10.pdf> (дата звернення: 15.06.2020).

⁸ Лещенко Н. Окремі аспекти укладення зовнішньоекономічного договору: умова про вибір права. Взгляд юриста. Юридический блог компании Jurimex / Jurimex. URL: <http://jurblog.com.ua/2014/03/okremi-aspekti-ukladennya-zovnishnoekonomich-pogo-dogovoru-umova-pro-vibir-prava/> (дата звернення: 15.06.2020).

⁹ Рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України у справі № 40 від 15.10.2009 р. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України / ICAC. URL: <http://arb.ucci.org.ua/icac/cases/2006-2010/caseNo40.pdf> (дата звернення: 15.06.2020).

¹⁰ Рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України у справі № 79 від 25.12.2012 р. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України / ICAC. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-79.pdf> (дата звернення: 15.06.2020).

Резюме

Никитченко Н.В., Остринський В.О. Проблеми вибору права та його обмеження при укладенні ЕРС-контрактів.

Стаття присвячена вивченню проблеми укладення ЕРС-контракту в Україні у розрізі реалізації автономії волі сторін. Авторами досліджено питання розвитку принципу «автономія волі», зіставлено норми українського законодавства та умови типових проформ, розроблених Міжнародною Федерацією Інженерів-Консультантів (FIDIC). Також у статті здійснено аналіз застосування окремих положень норм господарського та цивільного законодавства, які знаходять своє відображення в ЕРС-контрактах. Досліджено окремі справи, що розглядалися Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України та з'ясовано, яким чином може відбутись вибір права при укладенні зовнішньоекономічного договору та ЕРС-контракту зокрема. Також автори навели свої тези щодо того, яким чином положення ЕРС-контракту повинні бути узгоджені з нормами національного законодавства.

Ключові слова: автономія волі, ЕРС-контракт, FIDIC, господарський договір, змішаний договір, зовнішньоекономічний договір, іноземний елемент.

Резюме

Никитченко Н.В., Остринський В.О. Проблемы выбора права и его ограничения при заключении ЕРС-контрактов.

Статья посвящена изучению проблемы заключения ЕРС-контракта в Украине в разрезе реализации автономии воли сторон. Авторами исследованы вопросы развития принципа «автономия воли», сопоставлены нормы украинского законодательства и условия типовых проформ, разработанных Международной Федерацией Инженеров-Консультантов (FIDIC). Также в статье осуществлен анализ применения отдельных положений норм хозяйственного и гражданского законодательства, которые находят свое отражение в ЕРС-контрактах. Проанализированы отдельные дела, которые рассматривались Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Украины и выяснено, каким образом может быть осуществлен выбор права при заключении внешнеэкономического договора и ЕРС-контракта частности. Также авторы привели свои тезисы о том, каким образом положения ЕРС-контракта должны быть согласованы с нормами национального законодательства.

Ключевые слова: автономия воли, ЕРС-контракт, FIDIC, хозяйственный договор, смешанный договор, внешнеэкономический договор, иностранный элемент.

Summary

Nataliia Nykytchenko, Vladyslav Ostrynskiy. Problems of the law choice and its limitations while EPC-contracts concluding.

Due to the rapid development of social relations in Ukraine, national legislation can't keep up to regulate them properly, which force businesses to use the rules of foreign jurisdictions or the pro-forms of international specialized organizations to carry out the contractual transactions more frequently. The article provides examples of how the complex contractual relations are governed in practice and how the businesses are forced to protect its interests while entering into EPC-contracts.

The authors have researched the emergence of the contract templates, which were created by International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) and the way to use such templates according to Ukrainian law. Also, the article analyzes application of certain provisions of the economic and civil legislation, which are reflected in EPC-contracts. Individual cases that were considered by the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Ukraine were analyzed as well.

There is substantiated the opinion that regarding to provision of the contractual limitation of obligations for the actual losses fees and damages caused to economic entities as well as the possibility to freely use the international organizations pro-form in case when its provisions do not contradict the imperative norms of the Ukrainian legislation and the principles of economic management in Ukraine. Also, article analyzes how the choice of law can be made while concluding an EPC contract. The authors presented their theses on how the provisions of the EPC contract should be harmonized with the norms of national legislation.

The authors support theory of *Dépeçage* to introduce a number of protective provisions, which include the existence of mandatory rules in the legal system of a state, which would make it impossible to circumvent the law, and contain reservations about public order. This research shows that there is an opportunity to gain many advantages by the application of the theory of *Dépeçage* in EPC-contracts.

Key words: autonomy of will, EPC-contract, FIDIC, economic contract, mixed contract, foreign economic agreement, foreign element.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.39

УДК 346.21

А.В. СМІТЮХ

*Андрій Володимирович Смітюх, доктор юридичних наук, доцент, професор Одеського національного університету імені І.І. Мечникова**

ORCID: 0000-0002-4778-4143

ЗДІЙСНЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ, ПОСВІДЧЕНИХ КОРПОРАТИВНИМИ ПАЯМИ (ЧАСТКАМИ, АКЦІЯМИ), ЩОДО ЯКИХ ВСТАНОВЛЕНИЙ УЗУФРУКТ

Постановка проблеми. Узурфрукт корпоративних паїв (часток у статутному капіталі, акцій, далі – корпоративних паїв) прямо закріплений у правових системах багатьох країн континентальної правової сім'ї і передбачений, зокрема, ст. ст. 5:22, 6:22, 7:26 Кодексу товариств та об'єднань Бельгії¹, ст. ст. 127–131 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства»², ст. ст. 2:88, 2:197 ЦК Нідерландів³, ст. 600 ГК Туреччини⁴, ст. ст. 1844, 1844-5 ЦК Франції⁵, ст. ст. L225-110, L225-118, L225-140 ГК Франції⁶, ст. ст. 6861Н, 789аА Зобов'язального кодексу Швейцарії⁷. У Німеччині узурфрукт корпоративних паїв набув широкого визнання у доктрині та судовій практиці⁸. Поширення узурфрукту, який первинно визначався як «право користуватися чужими речами та отримувати їх плоди із збереженням субстанції речей цілісною» (Павло, Д. 7,1,1)⁹ на такий специфічний об'єкт, як корпоративний пай, який є, по суті, електронним записом, безтілесним майном, символом сукупності корпоративних прав учасника щодо товариства, які він засвідчує в обороті, ставить питання про те, яким чином розкривається у даному випадку правомочність користування, яку традиційно визначають як «можливість вилучення корисних властивостей майна»¹⁰? Цивільними плодами корпоративного паю є дивіденди, проте, крім права на дивіденди, корпоративний пай засвідчує і інші корпоративні права.

Отже, необхідно з'ясувати, які корпоративні права здійснює фруктуарій, а які – власник корпоративного паю, за яким зберігається статус учасника товариства, що, зокрема, прямо зазначається у ст. 127 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства»¹¹ (далі учасник товариства – власник корпоративного паю іменується учасником товариства). З цього питання різні правові системи демонструють настільки відмінні підходи, що Європейський модельний закон про компанії містить застереження про неможливість уніфікації відповідних норм¹².

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематику узурфрукту досліджували Б.О. Антонов, Н.В. Безік, Л.Ю. Василевська, С.О. Громов, І.О. Ємелькіна, Д.В. Лоренц, В.Є. Карнушин, Г.С. Мацакян, Т.О. Мечетіна, Г.Ю. Міцик, І.В. Сіваракша, О.Г. Сіроткін, О.Р. Сухарева, проте питання здійснення корпоративних прав, засвідчених корпоративним паєм, щодо якого встановлений узурфрукт між учасником товариства та фруктуарієм, не ставало ще предметом окремого дослідження.

Формулювання мети статті. Виходячи з наведеного вище мета статті полягає у тому, щоб визначити оптимальну модель здійснення правомочностей, що становлять комплекс корпоративних прав, посвідчених корпоративним паєм (часткою у статутному капіталі, акцією), щодо якого встановлений узурфрукт учасником товариства – власником такого корпоративного паю та фруктуарієм, яка може бути імплементована до правової системи України у разі впровадження до неї інституту узурфрукту корпоративного паю (частки, акції).

© А.В. Смітюх, 2020

* *Andrii Smitiukh, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of Odessa I.I. Mechnikov National University*

Виклад основного матеріалу. Дослідження зазначеного питання доцільно здійснювати відповідно до поділу корпоративних прав на *майнові права* (на дивіденди, на майнову корпоративну квоту та на придбання корпоративних паїв, що формуються товариством або пропонуються до відчуження іншими учасниками) та *немайнові права* (брати участь в управлінні товариством і отримувати інформацію про його діяльність) та виходячи з критерію законного інтересу.

Корпоративне *право на дивіденди* та похідні від нього зобов'язальні права вимоги сплати нарахованих дивідендів безперечно переходять до фруктуарію, оскільки саме дивіденди становлять «цивільні плоди» корпоративного паю. Фактично мета встановлення узуфрукту полягає в забезпеченні отримання фруктуарієм дивідендів, що, власне, і являє собою основний законний інтерес фруктуарію. Проте пряме застереження з цього питання встановлює лише ст. 127 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства», а відповідно до ст. 128 зазначеного Закону після завершення узуфрукту чи у разі ліквідації компанії фруктуарій отримує суму, яка становить приріст вартості часток, що перебували в узуфрукті, який відбувся у зв'язку із збільшенням статутного капіталу за рахунок прибутку товариства¹³. Тобто якщо за рахунок прибутку, що потенційно становить цивільні плоди корпоративного паю – дивіденди, на отримання яких розраховує фруктуарій, було за рішенням зборів збільшено статутний капітал товариства і, відповідно, вартість корпоративних паїв, переданих в узуфрукт.

Щодо *права на майнову корпоративну квоту* слід зауважити, що ст. 128 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства» передбачає норму, відповідно до якої ліквідаційну квоту (за вирахуванням суми, що становить приріст вартості часток, які перебували в узуфрукті, який відбувся у зв'язку із збільшенням статутного капіталу за рахунок прибутку товариства і становить дохід фруктуарія) набуває учасник товариства, але щодо неї встановлюється узуфрукт¹⁴. У правових системах Нідерландів (ст. 3:213 ЦК Нідерландів¹⁵) та Швейцарії (ст. 750А ЦК Швейцарії¹⁶) це слідує із загальних положень про узуфрукт, відповідно до яких у разі, якщо відбувається заміщення предмета узуфрукту іншим майном, у тому числі грошовою сумою, щодо такого майна або коштів встановлюється узуфрукт на користь фруктуарія: таке майно або грошова сума (майнова корпоративна квота) стають еквівалентом корпоративного паю, що припинив існування.

Видається, що у всіх випадках отримання учасником товариства майнової корпоративної квоти у зв'язку з припиненням існування корпоративного паю, зокрема у зв'язку з ліквідацією товариства, виходом або виключенням учасника з товариства, така майнова корпоративна квота має заміщувати корпоративний пай як первинний предмет узуфрукту. Це забезпечуватиме законний інтерес фруктуарію щодо отримання певних прибутків протягом строку, на який встановлений узуфрукт, і водночас зберігатиме за колишнім учасником товариства право власності на майно (у т.ч. – кошти), отримане замість корпоративного паю.

Нарешті, питання щодо *переважних прав*, посвідчених корпоративними паями, щодо яких встановлено узуфрукт, врегульовано у правових системах Іспанії, Нідерландів та Франції. Зокрема, відповідно до ч. 5 ст. 2:88, ч. 5 ст. 2:197 ЦК Нідерландів права щодо придбання часток товариства залишаються за учасником, з урахуванням того, що у випадку сплати дивідендів додатковими частками учасник, який стає власником таких часток, повинен відшкодувати фруктуарію їх вартість¹⁷.

Стаття L. 225-140 ГК Франції¹⁸ та ст. 129 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства»¹⁹ визначають, що якщо домовленістю не встановлено інше, то переважне право придбання часток, які формуються у зв'язку із збільшенням статутного капіталу (емітованих акцій), належить учаснику, але якщо він відступить це право, то на отримані від цього кошти або ж майно, придбане за ці кошти, встановлюється узуфрукт на користь фруктуарію. Якщо учасник не реалізує зазначене переважне право, то воно може бути реалізоване або відступлене фруктуарієм. У випадку відступлення права фруктуарієм власник може вимагати отримані від цього кошти, на які, у свою чергу, встановлюється узуфрукт на користь фруктуарію. Нові частки стають власністю учасника, а фруктуарій набуває на них узуфрукт на строк узуфрукту старих часток у тій частині, у якій їх набуто у межах реалізації переважних прав, а частки, набуті учасником або фруктуарієм поза реалізацією переважного права, стають повною власністю відповідної особи.

Отже, учасник товариства стає власником будь-яких нових корпоративних паїв, отриманих у зв'язку з реалізацією переважного права, і всі ці паї обтяжуються узуфруктом. Цей підхід повністю відповідає розумінню плодів як благ, похідних від відповідної речі, придатних для споживання²⁰. Отже, корпоративні паї, які вочевидь не є придатними до споживання, не можуть розглядатися як плоди. Водночас, оскільки вони переходять у власність учасника товариства у зв'язку з реалізацією корпоративних прав, засвідчених корпоративним паєм, щодо якого встановлений узуфрукт, тобто є похідними від відповідної безтілесної речі, законний інтерес фруктуарія щодо отримання цивільних плодів (дивідендів) забезпечується тим, що вони так само передаються в узуфрукт.

Видається, що ці норми можуть бути імплементовані до правової системи України (з урахуванням того, що за вітчизняним законодавством такі права не можуть бути відступлені), а також принципово подібні положення мають встановлюватися щодо переважного права на придбання корпоративних паїв при їх відчуженні.

Право брати участь в управлінні товариством. Відповідно до ст. 600 ГК Туреччини частку представляє фруктуарій²¹, схожим чином ст. ст. 5:22, 6:22, 7:26 Кодексу товариств та об'єднань Бельгії передбачають реалізацію всіх корпоративних прав фруктуарієм, якщо законом, заповітом чи договором не встановлено інше²². Навпаки, у правовій системі Іспанії відповідно до ст. 127 Закону «Про корпоративні підприємства» та згідно з підходом, виробленим доктриною та впровадженим до судової практики Німеччини, фруктуарій реалізує лише право на дивіденди, а решта прав, якщо інше не встановлено домовленістю (Німеччина) або установчим документом товариства (Іспанія), здійснюються учасником товариства²³. У правовій системі Швейцарії право управляти товариством у контексті узуфрукту розглядається як сукупність повноважень і право голосу та супутні права здійснює фруктуарій (ст. ст. 690J, 806bA Зобов'язального кодексу Швейца-

рії²⁴), проте у правових системах Нідерландів та Франції правомочності, що становлять право управляти товариством, можуть бути розподілені між учасником товариства та фруктуарієм, при цьому найбільшу увагу приділено праву голосувати на загальних зборах.

У правовій системі Франції у всіх товариствах крім акціонерних право голосу здійснює учасник товариства – власник частки (у термінології французького права «голий власник» фр. – *nu-propritaire*), за винятком випадків прийняття рішень про розподіл прибутку, коли це право здійснює фруктуарій, якщо інше не встановлено статутом товариства (ст. 1844 ЦК Франції²⁵), в АТ фруктуарій здійснює право голосу належить на чергових зборах, а учасник товариства – на позачергових (ст. L. 225-110 ГК Франції²⁶), що вочевидь реалізує ту саме ідею, оскільки питання про розподіл прибутку обов'язково включається до порядку денного чергових загальних зборів.

Відповідно до ч. ч. 2, 3 ст. 2:88, ч. ч. 2, 3 ст. 2:197, ст. 3:219 ЦК Нідерландів за загальним правилом право голосу здійснює учасник товариства, якщо інше не передбачено при встановленні узуфрукту (у випадку, якщо відчуження часток на користь фруктуарія можливе лише за рішенням певного органу товариства – для здійснення права голосу фруктуарія вимагається згода такого органу, або загальних зборів, якщо такий орган не встановлений статутом, проте необхідність такої згоди, у свою чергу, може бути скасована положеннями статуту); у випадку якщо йдеться про специфічні «сімейно-спадкові» сервітути (виникають у відносинах між дитиною та тим з її батьків, який вступає у повторний шлюб після того, як успадкував майно другого з батьків, а також між такою дитиною та вітчимою (мачухою) відповідно до ст. ст. 4:19, 4:21 ЦК Нідерландів) право голосу навпаки здійснює фруктуарій, якщо протилежне не встановлено домовленістю сторін або рішенням суду²⁷.

При цьому ЦК Нідерландів встановлює також положення щодо інших правомочностей, які становлять право управляти товариством: і учасник (навіть якщо право голосувати перейшло до фруктуарія), і фруктуарій (з правом голосу – завжди, а без права голосу: у закритих корпораціях – якщо інше не передбачено статутом товариства або при встановленні узуфрукту; у відкритих корпораціях – якщо така можливість передбачена статутом товариства та при встановленні узуфрукту не визначено іншого) здійснюють інші правомочності щодо управління товариством, а саме – можуть бути присутнім на загальних зборах, брати участь в обговоренні питань порядку денного, а якщо частка учасника становить 10 та більше відсотків – скликати загальні збори за рішенням суду, якщо відповідний орган товариства відмовив у задоволенні такої вимоги та звертатися до суду з вимогою про призначення перевірки діяльності товариства державними органами (ст. ст. 2:110, 2:113, 2:114, 2:117, 2:227, 2:345, 2:346 ЦК Нідерландів)²⁸. Фактично такі повноваження дублюються: їх здійснює як учасник товариства, так і фруктуарій (за певними винятками). Цей підхід слід оцінювати позитивно, оскільки він дає змогу задовольнити законний інтерес як учасника товариства, так і фруктуарію, що не наділені правом голосу, бути певною мірою залученими до управління товариством у форматі «дорадчого голосу» та ініціюючого корпоративного контролю – якщо корпоративні паї, щодо яких встановлений узуфрукт, становлять сукупну корпоративну частку, що є достатньою для виникнення відповідних додаткових правомочностей.

Також видається доречним закріплення у правовій системі України диспозитивної норми, що наділятиме фруктуарія корпоративного паю правом голосу з питання розподілу прибутку та сплати дивідендів, а з решти питань залишатиме право голосу за учасником товариства.

Слід також відмітити як такі, що заслуговують на увагу, положення ст. ст. 690J, 806bA Зобов'язального кодексу Швейцарії, відповідно до яких фруктуарій відповідає за шкоду, спричинену власнику частки неналежною реалізацією права голосу та супутніх прав та подібне за змістом положення ст. 600 ГК Туреччини²⁹. Стаття 127 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства» зобов'язує фруктуарія не утруднювати здійснення корпоративних прав власником частки – учасником³⁰.

Питання щодо *права на інформацію*, посвідченого корпоративним паєм, щодо якого встановлений узуфрукт, прямо врегульовані у правових системах Нідерландів щодо відкритих корпорацій та Франції щодо АТ: ст. ст. 2:102, 2:329 ЦК Нідерландів та ст. L. 225-118 ГК Франції наділяють правом доступу до документів компанії та отримання копій таких документів як учасника товариства, так і фруктуарія³¹. Видається, що фруктуарій має законний інтерес бути обізнаним про стан справ у товаристві, корпоративний пай якого перебуває у його користюванні, так само як і власник такого корпоративного паю, що залишається учасником товариства.

Висновки. Таким чином, за результатами дослідження положень іноземних правових систем можна рекомендувати наступну модель розподілу корпоративних прав між учасником товариства – власником корпоративного паю і фруктуарієм:

«Якщо інше не передбачено заповітом, договором або установчим документом товариства, учасник товариства здійснює право голосу на загальних зборах товариства, посвідчене корпоративним паєм, щодо якого встановлений узуфрукт, з усіх питань, крім питань щодо розподілу прибутку і сплати дивідендів. Якщо інше не передбачено заповітом, договором або установчим документом товариства, право голосу з питання розподілу прибутку і сплати дивідендів на загальних зборах, посвідчене корпоративним паєм, щодо якого встановлений узуфрукт, здійснює фруктуарій.

Учасник товариства завжди, а фруктуарій корпоративного паю – якщо інше не передбачено заповітом, договором або установчим документом товариства, мають право бути присутніми на загальних зборах та брати участь в обговоренні питань порядку денного зборів, а якщо сукупна корпоративна частка, щодо якої встановлений узуфрукт, відповідає встановленим законом вимогам – має також права: вимагати доповнення порядку денного загальних зборів питаннями; вимагати скликання загальних зборів, а якщо відповідний орган товариства не виконає таку вимогу – скликати їх самостійно; вимагати проведення аудиторських пере-

вірок фінансової звітності товариства та його фінансово-господарської діяльності; подавати від імені товариства позови до посадових осіб товариства про стягнення на користь товариства шкоди, спричиненої ними товариству.

Фруктуарій корпоративного паю відповідає за шкоду, спричинену учаснику товариства неналежною реалізацією права голосу та інших зазначених вище правомочностей.

Фруктуарій корпоративного паю має рівні з учасником товариства права доступу до інформації про діяльність товариства у обсязі, що визначається розміром сукупної корпоративної частки, щодо якої встановлений узуфрукт.

Фруктуарій корпоративного паю має право на отримання дивідендів, які нараховуються на корпоративні паї, щодо яких встановлений узуфрукт. Після завершення узуфрукту чи у разі ліквідації товариства фруктуарій отримує суму, яка становить приріст номінальної вартості корпоративних паїв, що перебували в узуфрукті, який відбувся у зв'язку із збільшенням статутного капіталу за рахунок прибутку товариства.

Якщо заповітом або домовленістю не встановлено інше, майно та виплати товариства у зв'язку з припиненням існування корпоративного паю з будь-яких причин (зокрема – у процедурі ліквідації товариства, внаслідок виходу чи виключення учасника) переходять у власність учасника товариства із встановленням на них узуфрукту на користь фруктуарія.

Якщо заповітом, домовленістю або установчим документом товариства не встановлено інше, передбачені законом та установчим документом товариства переважні права придбання корпоративних паїв, які формуються у зв'язку із збільшенням статутного капіталу або відчужуються іншими учасниками третім особам, належать учаснику товариства. Якщо учасник не реалізує зазначене переважне право, то воно може бути реалізоване фруктуарієм, якщо заповітом, домовленістю або установчим документом товариства не встановлено інше. Відповідні корпоративні паї стають власністю учасника товариства, а фруктуарій набуває на них узуфрукт у тій частині, у якій їх набуто у межах реалізації переважних прав. Корпоративні паї (частки) товариства, набуті учасником або фруктуарієм поза реалізацією переважного права, стають повною власністю відповідної особи.

Фруктуарій не повинен утруднювати здійснення корпоративних прав учасником товариства відповідно до вимог законодавства, заповіту, договору або установчого документу товариства».

Диспозитивний характер зазначених норм дасть змогу зробити узуфрукт багатоваріантним через можливість зміни розподілу правомочностей, що становлять сукупність корпоративних прав, засвідчених корпоративним паєм, щодо якого встановлений узуфрукт між учасником товариства та фруктуарієм на підставі домовленості або заповіту (заповідального відказу) у межах, встановлених законом та установчим документом товариства. Це уможливить реалізацію на практиці різних моделей узуфрукту: від «пасивного» узуфрукту, який передбачатиме лише спрямування дивідендів за корпоративним паєм на користь фруктуарію, залишаючи реалізацію усіх інших корпоративних прав за учасником товариства, управління корпоративними паями в інтересах неповнолітніх та оптимізації податкових відносин щодо корпоративних паїв до оформлення передачі корпоративних паїв в оплатне управління з передачею більшості корпоративних правомочностей фруктуарію корпоративних паїв.

¹ Code des sociétés et des associations de la Belgique, 2019. URL: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/03/23/2019A40586/justel>

² Corporate Enterprises Act of Spain, 2010. URL: https://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Corporate_Enterprises_Act__28Ley_de_Sociudades_de_Capital_29.pdf

³ Civil Code of the Netherlands, 1992. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

⁴ Turkish Commercial Code. Türk Ticaret Kanunu. Istanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. P. 279.

⁵ Civil Code of France. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf

⁶ Commercial Code of France. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English-en/code_commerce_part_L_EN_20130701

⁷ Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911. URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009>

⁸ Антонов Б.А. Формирование института узуфрукта в германском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2006. С. 20–21.

⁹ Дигесты Юстиниана. *Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана*. Москва : Зерцало, 1997. С. 283.

¹⁰ Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения. Москва: ЮНИТИ-ДАТА. Закон и право, 2000. С. 55.

¹¹ Corporate Enterprises Act of Spain, 2010. URL: https://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Corporate_Enterprises_Act__28Ley_de_Sociudades_de_Capital_29.pdf

¹² European Model Company Act (EMCA). *Nordic & European Company Law Working Paper*. 2017. No. 16–26. P. 111.

¹³ Corporate Enterprises Act of Spain, 2010. URL: https://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Corporate_Enterprises_Act__28Ley_de_Sociudades_de_Capital_29.pdf

¹⁴ Там само.

¹⁵ Civil Code of the Netherlands, 1992. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

¹⁶ Swiss Civil Code of 10 December 1907. URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>

¹⁷ Civil Code of the Netherlands, 1992. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

¹⁸ Commercial Code of France. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English-en/code_commerce_part_L_EN_20130701

¹⁹ Corporate Enterprises Act of Spain, 2010. URL: https://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Corporate_Enterprises_Act__28Ley_de_Sociudades_de_Capital_29.pdf

²⁰ Дождев Д.В. Римское частное право : учебник. Москва : ИНФРА-М-НОРМА, 1999. С. 356–358.

²¹ Turkish Commercial Code. Türk Ticaret Kanunu. Istanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. P. 279–280.

²² Code des sociétés et des associations de la Belgique, 2019. URL: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/03/23/2019A40586/justel>

²³ Corporate Enterprises Act of Spain, 2010. URL: https://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Corporate_Enterprises_Act_28Ley_de_Sociedades_de_Capital_29.pdf; Антонов Б.А. Формирование института usufructa в германском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2006. С. 20.

²⁴ Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911. URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009>

²⁵ Civil Code of France. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf

²⁶ Commercial Code of France. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English-en/code_commerce_part_L_EN_20130701

²⁷ Civil Code of the Netherlands, 1992. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

²⁸ Там само.

²⁹ Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911. URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009>; Turkish Commercial Code. Türk Ticaret Kanunu. Istanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. P. 279–280.

³⁰ Corporate Enterprises Act of Spain, 2010. URL: https://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Corporate_Enterprises_Act_28Ley_de_Sociedades_de_Capital_29.pdf

³¹ Commercial Code of France. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English-en/code_commerce_part_L_EN_20130701; Civil Code of the Netherlands. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

Резюме

Смітюх А.В. Здійснення корпоративних прав, посвідчених корпоративними паями (частками, акціями), щодо яких встановлений узуфрукт.

У статті представлено результати порівняльно-правового дослідження розподілу здійснення корпоративних прав, посвідчених корпоративними паями (частками, акціями), щодо яких встановлений узуфрукт у правових системах низки країн континентальної правової сім'ї (Бельгії, Іспанії, Нідерландів, Німеччини, Туреччини, Франції, Швейцарії). Запропоновано модель розподілу здійснення правомочностей, що становлять разом сукупність майнових корпоративних прав (на дивіденди, на майнову корпоративну квоту, на придбання корпоративних паїв, що формуються товариством або відчужуються іншими учасниками) та немайнових корпоративних прав (право голосу та інші правомочності, що становлять разом право брати участь в управлінні товариством та право на доступ до інформації про діяльність товариства) між фруктуарієм та учасником товариства – власником корпоративних паїв, щодо яких встановлений узуфрукт для можливого закріплення у законодавстві України у разі впровадження до вітчизняної правової системи інституту узуфрукту корпоративних паїв.

Ключові слова: узуфрукт, корпоративний пай, акція, частка у статутному капіталі, корпоративні права, здійснення прав.

Резюме

Смітюх А.В. Осуществление корпоративных прав, удостоверенных корпоративными паями (долями, акциями), в отношении которых установлен узуфрукт.

В статье представлены результаты сравнительно-правового исследования распределения осуществления корпоративных прав, удостоверенных корпоративными паями (долями, акциями), в отношении которых установлен узуфрукт в правовых системах ряда стран континентальной правовой семьи (Бельгия, Испания, Нидерланды, Германия, Турция, Франция, Швейцария).

Предложена модель распределения осуществления правомочий, составляющих вместе совокупность имущественных корпоративных прав (на дивиденды, на имущественную корпоративную квоту, на приобретение корпоративных паев, формируемых обществом или отчуждаемых другими участниками) и неимущественных корпоративных прав (право голоса и другие правомочия, составляющие вместе право участвовать в управлении обществом и право на доступ к информации о деятельности общества) между фруктуарием и участником общества – собственником корпоративных паев, в отношении которых установлен узуфрукт для возможного закрепления в законодательстве Украины в случае внедрения в отечественную правовую систему института узуфрукта корпоративных паев.

Ключевые слова: узуфрукт, корпоративный пай, акция, доля в уставном капитале, корпоративные права, осуществление прав.

Summary

Andrii Smitiukh. The exercise of the corporate rights certified by the corporate shares (stocks) encumbered with the usufruct.

The article presents the result of comparative legal studies of the distribution of the exercise of corporate rights certified by corporate shares (stocks) encumbered with the usufruct between a company's shareholder and a fructuary in the legislations of a number of civil law legal system countries (namely Belgium, France, Germany, the Netherlands, Spain, Switzerland and Turkey). It is concluded that the legislative approach varies significantly in this issue in different countries. The author elaborates an optimal legislative model to be introduced into the domestic legislation of Ukraine for the distribution of the corporate rights (for dividends, for corporate property quotas, for acquisition of corporate shares issued by the company or alienated by other shareholders, for voting and other rights constituting jointly the right to participate in management of the company as well as a right to access the information about the activities of the company's activity) between the fructuary and a shareholder who owns the share encumbered with the usufruct on a dispositive basis mainly. The dispositive nature of the rules elaborated by the author makes the usufruct multivariate as a result of the possibility to change balance of distribution of the corporate rights certified by the shares encumbered with the usufruct between a shareholder and a fructuary by an agreement or by a will (testamentary renunciation or *legatum*) within limits provided by law and company's charter. It allows to implement various models of usufruct: a «passive» one, which endows a fructuary with a dividend right only leaving the exercise of the rest of the corporate rights to the company's shareholder, an usufruct established in order to optimize tax relations on a corporate share and property management of minors or as a transfer of a corporate share to a minor heir and finally as a mean of management of a corporate share (stock) on a paid basis. It was concluded also that all the cases the fructuary is obliged to do not make obstacles for exercise of corporate rights by the shareholder.

Key words: usufruct; corporate share; stock; share in the authorized capital; corporate rights. the exercise of rights.

О.О. БІЛИК

Олександра Олегівна Білик, кандидат юридичних наук*

ORCID: 0000-0001-8828-8931

ПИТАННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З РОЗІРВАННЯМ ШЛЮБУ, У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Дослідження практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) посідає чільне місце в роботах українських науковців. Все більше теоретиків і практиків різних галузей права звертаються до неї. Дана тенденція зумовлена, зокрема, тим, що відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини¹ українські суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та практику Суду як джерело права.

Серед інших прав, Конвенція² у ст. 12 закріплює право на шлюб, а саме: чоловік і жінка, які досягли шлюбного віку, мають право на шлюб і створення сім'ї згідно з національними законами, які регулюють здійснення цього права. Закріплюючи право на шлюб, дана стаття не закріплює можливості його припинити шляхом розірвання.

Розірвання шлюбу можна визначити як санкціоноване компетентним органом вольове припинення шлюбного зв'язку між особами за життя обох з подружжя, який має наслідком припинення на майбутнє прав та обов'язків подружжя.

Якщо звернутися до українського законодавства, то в Сімейному кодексі України³ (далі – СК) зазначено, що шлюб припиняється внаслідок його розірвання (ч. 2 ст. 104 СК). Більше того, на законодавчому рівні закріплено, що кожен із подружжя має право припинити шлюбні відносини (ч. 3 ст. 56 СК).

Незважаючи на те, що можливість розірвати шлюб прямо не передбачена Конвенцією, питання наявності у особи, яка перебуває у шлюбі такого права, а також перешкоджання особам зробити це з боку держави розглядалися ЄСПЛ неодноразово. І хоча практика Суду в цьому аспекті не настільки об'ємна, як з інших питань, вона все ж існує і потребує аналізу для кращого розуміння.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У юридичній літературі останнім часом стали більш докладно досліджувати питання розгляду справ Судом саме у сфері сімейно-правових відносин між особами. У даному аспекті слід згадати дисертаційне дослідження М.М. Слабан, наукові статті Л.В. Красицької, М.В. Логвінової, Л.І. Радченко, О.А. Явор.

Мета статті. Виходячи з практики ЄСПЛ, з'ясувати, чи визнається право на розірвання шлюбу нарівні з правом на шлюб, закріпленим у ст. 12 Конвенції, а також підстави визнання порушення права на шлюб осіб, які не можуть розірвати свій шлюб з метою укладення нового шлюбу з іншою особою чи зміни свого сімейного статусу.

Виклад основного матеріалу. Одним із перших і найбільш значущих рішень у цьому аспекті є рішення у справі «Джонстон та інші проти Ірландії». Відповідно до Конституції Ірландії (в редакції, яка діяла на той час), перший заявник не міг розірвати свій перший шлюб, що дало б йому змогу одружитися з жінкою, з якою він проживав протягом тривалого часу (другий заявник) і з якою мав дочку (третій заявник).

Заявники констатували, що стосовно цієї справи центральним питанням було не те, чи Конвенція гарантувала право на розлучення, а чи той факт, що вони не могли одружитися одне з одним, був сумісним із правом на шлюб чи повторний шлюб та з правом на повагу до сімейного життя, закріпленим у ст. ст. 12 та 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції. Суд зазначив, що у будь-якому суспільстві, яке підтримує принцип моногамії, немислимо, що перший заявник повинен мати можливість одружитися до того часу, поки його шлюб з першою дружиною не буде розірвано. Друга заявниця, зі свого боку, не скаржилася на загальну неможливість укласти шлюб, а скоріше на неможливість укласти шлюб з першим заявником, ситуацію, що впливає саме з того, що він не міг отримати розлучення. Отже, їхню справу не можна розглядати окремо від проблеми недоступності розлучення.

Суд наголошує, що для тлумачення ст. 12 Конвенції слід звернутися до історії її формулювання. Так, при підготовці тексту цієї статті за основу було взято текст ст. 16 Загальної декларації прав людини, де в ч. 1 зазначено таке: «Чоловіки і жінки, які досягли повноліття, мають право без будь-яких обмежень за ознакою раси, національності або релігії одружуватися і засновувати сім'ю. Вони користуються однаковими правами щодо одруження, під час шлюбу та під час його розірвання».

Роз'яснюючи Консультативній асамблеї, чому проект майбутньої ст. 12 не включає слова, які містяться в останньому реченні вищезазначеного пункту, пан Тейтген, доповідач Комітету з правових та адміністративних питань, зазначив: «Згадуючи конкретну статтю Загальної декларації, ми використовували лише ту

частину пункту цієї статті, яка підтверджує право на шлюб та створення сім'ї, але не наступні положення цієї статті щодо рівних прав після шлюбу, оскільки ми гарантуємо лише право на шлюб».

Виходячи з вищезазначеного, на думку Суду, при формулюванні ст. 12 не було ніякої мети гарантувати право на розірвання шлюбних зв'язків шляхом розлучення⁴.

Стосовно ст. 16 Декларації, то слід погодитися з тими науковцями, які зазначають, що текст ст. 16 Декларації не включає як таке право на розлучення, а лише закріплює, що чоловіки і жінки мають однакові права в цьому відношенні. Якщо жодному з них не надано право на розлучення, вони мають рівні права в цьому відношенні. Водночас це положення прямо забороняє законодавство, згідно з яким чоловікові дозволяється подавати на розлучення, тоді як жінці – ні⁵.

У рішенні у справі також робиться наголос на тому, що право на розлучення не включено в Протокол № 7 до Конвенції, який був відкритий для підписання 22 листопада 1984 р. У ст. 5 Протоколу 7, який гарантує подружжю певні додаткові права, особливо у разі розірвання шлюбу, не було використано можливості вирішити це питання. Рівноправність кожного з подружжя, закріплена у вищезазначеній статті, визначає, що кожен з подружжя у відносинах між собою і в їхніх відносинах зі своїми дітьми користується рівними правами та обов'язками цивільного характеру, що виникають зі вступу у шлюб, перебування в шлюбі та у випадку його розірвання⁶.

Суд зазначає, що в п. 39 пояснювальної доповіді до Протоколу 7 також роз'яснюється, що слова «у разі його розірвання», котрі містяться у ст. 5, «не передбачають жодних зобов'язань перед державою передбачити розірвання шлюбу або надати будь-які особливі форми розірвання».

Таким чином, у рішенні у справі «Джонстон та інші проти Ірландії» Суд дійшов висновку, що заявники не можуть виокремити право на розлучення зі ст. 12 Конвенції⁷.

В іншому рішенні ЄСПЛ звертався до питання встановлення часових обмежень стосовно того, скільки часу має пройти після розірвання попереднього шлюбу, щоб особа могла укласти повторний шлюб. У справі «Ф. проти Швейцарії» розглядалося питання тимчасової заборони укласти повторний шлюб, яка була накладена на заявника після його третього розлучення згідно з чинною на той час нормою швейцарського Цивільного кодексу. Суд не погодився з аргументом, що тимчасова заборона укладення повторного шлюбу спрямована на збереження прав інших, зокрема майбутніх з подружжя попередньо розлученої особи. Тому дане обмеження вплинуло на саму сутність права на шлюб, було непропорційним до законодавчо визначеної мети і порушило ст. 12 Конвенції.

У даному рішенні міститься зіставлення з проаналізованою вище справою «Джонстон та інші проти Ірландії». Так, спростовуючи аргументи Уряду, Суд зазначає, що ситуація заявника Ф. дуже відрізняється від ситуації містера Джонстона, оскільки те, що було спірним у випадку останнього, було право чоловіка, який ще був одружений, на розірвання шлюбу. Якщо ж національне законодавство дозволяє розлучення, що не є вимогою Конвенції, ст. 12 забезпечує розлученим особам право на повторний шлюб без необґрунтованих обмежень⁸.

Ще одним питанням, яке розглядається ЄСПЛ в контексті інституту розірвання шлюбу, є питання тривалості розгляду справи про таке розірвання, котре було докладно розглянуто у справі «В.К. проти Хорватії», у рішенні з якої було визнано порушення ст. 12 Конвенції.

Заявник скаржився на те, що тривалий розгляд справи про розлучення порушив його право на повторний шлюб.

Спируючись на попередні рішення, Суд зазначив, що, хоча право на розлучення не впливає зі ст. 12 Конвенції, якщо національне законодавство дозволяє розлучення, воно гарантує для розлучених осіб право на повторний шлюб без необґрунтованих обмежень. У цьому відношенні Суд вважає, що невиконання положень національними органами влади щодо розгляду провадження у справі про розлучення у розумний термін може за певних обставин порушувати питання відповідно до ст. 12 Конвенції.

Щодо цієї справи, Суд встановив, що заявник ініціював процедуру розлучення у національних судах у квітні 2004 р., і що того ж року на першому слуханні, яке відбулося у грудні, сторони погодились, що їх шлюб має бути розірвано. На слуханні, яке відбулося 10 липня 2006 р., заявник просив приєднати до справи про розірвання шлюбу вимогу про оскарження батьківства К. (дитини, народженої у шлюбі), що було погоджено. Однак згодом він неодноразово просив національні суди ухвалити часткове рішення у цій справі про розлучення та щоб інші питання, пов'язані з процедурою розірвання шлюбу, вирішувалися окремо. У зв'язку з цим Суд підкреслює, що національна система передбачає часткове рішення у випадках, коли між сторонами існує домовленість щодо окремого питання у провадженні. Суд також зазначає, що у національному законодавстві немає нічого, що могло б наштотхнути на думку, що це положення не могло бути застосоване у випадку заявника. Однак національні суди або ж відхиляли без будь-яких підстав, або ж ігнорували прохання заявника про часткове рішення понад п'ять років, протягом яких провадження у справі розглядалося судом першої інстанції.

Суд також зазначає, що принаймні двічі, скаржачись на тривалість провадження, заявник повідомляв національні суди, що він планує укласти повторний шлюб, і що тривалий процес розлучення заважає йому це зробити. Він уточнив дату укладення шлюбу в червні 2008 р. і підкреслив, що для нього буде принизливим скасовувати запланований шлюб, оскільки він не міг отримати розлучення через тривалий судовий процес, котрий слід розглядати у світлі релігійних переконань заявника, які він також висловив у своїх скаргах перед національними судами.

Суд вважає, що ці аргументи, викладені заявником, підтверджуються тим, що він справді одружився з іншою жінкою незабаром після розірвання попереднього шлюбу.

Відповідно, Суд надав значення тому, що національні органи влади не провели процес розірвання шлюбу ефективно та не врахували конкретні обставини цього провадження, такі як згода сторін на розлу-

чення, можливість винесення часткового рішення та невідкладний характер цього провадження за внутрішнім законодавством. Отже, за цих конкретних обставин заявник залишався у стані тривалої невизначеності, що створило необґрунтоване обмеження його права на шлюб.

Тому Суд вважає, що було порушення статті 12 Конвенції⁹.

Виніши подібне рішення, Суд відступив від своєї попередньої практики, на що доречно звернула увагу суддя Берро-Лефевр у своїй Окремій думці, відповідно, не погодившись, що в даній справі було порушення ст. 12 Конвенції¹⁰.

Зокрема, суддя звертається до рішення у справі «Аресті Хараламбус проти Кіпру». Заявник також скаржився на тривалість розгляду справи про розлучення (п'ять років, сім місяців та 21 день у двох інстанціях) та факт, що це означало, що він не міг вступати в повторний шлюб. Суд, визнаючи, що було порушення ст. 6 Конвенції з точки зору надмірної тривалості судового розгляду, зазначив, що ситуація заявника була не такою, де порушувалася сама суть права на шлюб.

Слід уточнити, що в даній справі заявник зазначив, що заява про розлучення була б легко і швидко розглянута, якби не помилки, допущені національними органами влади в питаннях депортації його колишньої дружини.

Суд вважає, по-перше, що природа справи не була складною. Крім того, хоча деякі відтермінування, зокрема під час провадження у першій інстанції, відбувалися за взаємною згодою сторін, загалом не було великих затримок, пов'язаних із заявником. Що стосується поведінки органів влади, Суд зазначає, що хоча повторний розгляд справи був загалом швидким (чотири місяці та 25 днів), при розгляді судом першої інстанції та на стадії оскарження були значні затримки. Хоча загальна тривалість розгляду у трьох інстанціях, дві з яких однакового рівня юрисдикції, на перший погляд, не виглядає надмірною, Суд вважає, що періоди бездіяльності, які мали місце як у першій інстанції, так і на етапі оскарження, суттєво сприяли затягуванню розгляду справи. На думку Суду, це було не виправданою затримкою, враховуючи характер судочинства та особливу увагу, яка вимагається в таких випадках.

Отже, як зазначалось вище, Суд у даній справі визнав порушення ч. 1 ст. 6 Конвенції, але не права на шлюб (скарга в цій частині була визнана явно необґрунтованою і відхилена), незважаючи на аргументи заявника, що протягом усього часу розгляду справи про розлучення він залишався одруженим, а тому не міг упродовж цього тривалого періоду укласти шлюб і створити сім'ю зі своєю партнеркою на той час. Він заявив, що дані стосунки припинилися, оскільки він не міг знати, коли він зможе укласти новий шлюб¹¹.

Суддя Берро-Лефевр також зазначила, що, ймовірно, не питання тривалості судового розгляду справи про розлучення саме собою викликає запитання за ст. 12, а наявність у цьому контексті обставин настільки специфічних, що вони становлять втручання чи погіршення самої сутності права особи на шлюб. Обставини, визначені Судом як такі, що відрізняють справу «В.К. проти Хорватії» від попередньої практики ЄСПЛ, а саме: згода сторін на розлучення, можливість винесення часткового рішення та невідкладний характер провадження за внутрішнім законодавством, на думку судді, не є достатніми для порушення будь-якої сутності права на шлюб¹².

Слід зазначити, що як справа «Аресті Хараламбус проти Кіпру», так і справа «В.К. проти Хорватії» більше стосувалися саме надмірної тривалості розгляду справи про розлучення, а не самого права на розлучення як такого.

В аспекті порушення прав при розірванні шлюбу наявна практика ЄСПЛ і проти України. Так, питання фактичної завершеності процедури реєстрації розірвання шлюбу і набуття права на повторний шлюб було розглянуто Судом у справі «Чернецький проти України», де Суд зазначив, що заявник, перебуваючи в ув'язненні, не міг одружитися повторно з іншою жінкою з лютого 2005 р. по жовтень 2008 р., тому що органи влади не змогли завершити реєстрацію розлучення і забезпечити отримання ним Свідоцтва про розірвання шлюбу у в'язниці. Протягом цього періоду органи влади визнали обмеження прав заявника, проте відповідних заходів не вжили. У зв'язку з цим ЄСПЛ постановив, що в даній справі було порушено ст. 12 Конвенції (право на шлюб) у період з лютого 2005 р. по жовтень 2008 р.

Суд також нагадав, що хоча право на розірвання шлюбу не може ґрунтуватися на ст. 12 Конвенції, якщо національне законодавство передбачає можливість розірвання шлюбу, вона гарантує розлученим особам право на повторний шлюб без необґрунтованих обмежень. Неспроможність національних органів влади здійснити процедуру розірвання шлюбу упродовж розумного строку порушувала за конкретних обставин питання за ст. 12 Конвенції¹³.

Останнім на даний час рішенням щодо питань про розірвання шлюбу в практиці ЄСПЛ є справа «Бабяж проти Польщі».

У цій справі розглядалась ситуація, коли дружина заявника, котрий мав позашлюбні стосунки, в яких народилася дитина, відмовлялася погодитися на розлучення і у зв'язку з цим розлучення судом не надавалося, адже відповідно до польського законодавства, заява про розлучення не підлягає задоволенню, якщо її подає той з подружжя, хто винен у розпаді шлюбу, тоді як невинний з подружжя згоди на розлучення не дає за умови, що ненадання такої згоди не суперечить розумним принципам соціального співіснування.

При розгляді даної справи було докладно проаналізовано польську судову практику з даного питання. Так, польськими судами розглянуто багато справ, які стосуються ситуацій, коли один з подружжя-відповідач відмовляється давати згоду на розлучення. Зокрема, суди вважають, що невинний відповідач має право відмовити у наданні згоди. Презумпція сумнівності застосування такої відмови визнається доти, доки не буде доведено, посилаючись на конкретні обставини справи, що відмова суперечить принципам суспільного співіснування відповідно до змісту ст. 5 Цивільного кодексу Польщі. Зокрема, намір одного з подружжя-відповідача зірвати плани заявника щодо формалізації його позашлюбних відносин сам по собі не повинен вва-

жати не сумісним із цими принципами, якщо було доведено, що відмова була зумовлена бажанням продовжувати шлюб, що відповідає етичним та соціальним нормам.

Заявник у справі скаржився, що згідно зі ст. ст. 8 та 12 Конвенції, відмовивши у задоволенні позову про розлучення, органи влади перешкодили йому одружитися з жінкою, з якою він проживав.

У цій справі національні суди детально вивчили факти у відповідному контексті національного законодавства. Під час розгляду справи про розлучення було зібрано вичерпні докази. Заявник мав можливість викласти свою позицію в суді та поставити запитання свідкам. Рішення суду першої інстанції було переглянуто апеляційним судом. Обґрунтування цього рішення містило детальне пояснення інтересів, які були враховані, як оцінювались докази та які були підстави для прийняття рішення про відхилення заяви про розірвання шлюбу.

Суду добре відомо, що у заявника була дочка з іншою жінкою, що він, очевидно, був у стабільних стосунках і що національні суди визнали повний і безповоротний розрив його шлюбу. Проте розглядати дану ситуацію протилежно означало б, що вимога про розлучення повинна бути задоволена незалежно від процесуальних та матеріальних норм внутрішнього законодавства про розлучення, щодо особи, яка просто вирішила залишити іншого з подружжя та народити дитину з новим партнером. Хоча, згідно зі ст. 8 Конвенції, фактичні сім'ї та стосунки захищені, такий захист не означає, що їм слід надавати особливе юридичне визнання.

Суд також зазначає, що не було аргументовано, що відповідно до польського законодавства відмова в наданні розлучення унеможливило заявника подати нове клопотання про розірвання шлюбу до суду на більш пізньому етапі, якщо і коли обставини зміняться.

На думку Суду, якщо положення Конвенції не можуть тлумачитися як гарантування можливості, згідно з національним законодавством, отримати розлучення, ці положення не можуть, тим більше, тлумачитися як гарантування сприятливого результату в процесі розлучення, порушеного відповідно до положення закону, що дозволяє розлучення.

Враховуючи вищезазначене, Суд визнав, що не було порушення ні ст. 8, ні ст. 12 Конвенції¹⁴.

Схожою була ситуація у справі «Анджей Піотровський проти Польщі», в якій дружина також не надавала згоди на розлучення винному у позашлюбному зв'язку чоловікові, пробачивши йому зраду.

У цій справі аргументація була загалом така сама, як у справі «Бабяж проти Польщі», проте у даному випадку Суд визнав заяву неприйнятною. Слід зазначити, що у справі Піотровського, на відміну від справи Бабяжа, хоча заявник і скаржився у своїй заяві на те, що відмова у наданні розлучення унеможливила для нього укладення повторного шлюбу, було зазначено, що ані в процесі розгляду справи про розлучення, ані в Суді не було надано фактів про підтвердження існування стабільних і тривалих стосунків з іншою жінкою. Заявник просто назвав свої стосунки з нею життєздатними. Він також не посилався перед Судом на будь-які конкретні плани щодо укладення шлюбу, зірвані відмовою надати розлучення. Навпаки, він заявив, що не бажає знову одружуватися. Не було доведено, що відсутність розлучення та юридична фікція його триваючого шлюбу заважають йому повною мірою насолоджуватися особистим життям¹⁵.

Висновки. Отже, підходи ЄСПЛ в питаннях розірвання шлюбу можна звести до таких положень:

1. Суд дотримується практики прямого невизнання права на розірвання шлюбу, як такого, що походить з положень Конвенції: ні ст. 12 (право на шлюб), ні ст. 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції не можуть тлумачитися як такі, що надають особам право на розлучення.

2. Оскільки положення Конвенції не гарантують можливості, згідно з національним законодавством, отримати розлучення, вони не можуть, тим більше, тлумачитися як такі, що гарантують сприятливий результат для позивача в процесі розгляду справ про розлучення, порушеного відповідно до положення закону, що дозволяє розірвання шлюбу.

3. Якщо національне законодавство дозволяє розлучення, що не є вимогою Конвенції, ст. 12 забезпечує розлученим особам право на повторний шлюб без необґрунтованих обмежень.

4. Неспроможність національних органів влади здійснити процедуру розірвання шлюбу упродовж розумного строку порушує за конкретних обставин питання за ст. 12 Конвенції. Так, у рішенні у справі «В.К. проти Хорватії», керуючись наявністю згоди сторін на розлучення, можливістю винесення часткового рішення та невідкладним характером провадження за внутрішнім законодавством Суд визнав порушення ст. 12 Конвенції. Проте у подібних попередніх справах ЄСПЛ визнавав лише порушення ст. 6 Конвенції з точки зору надмірної тривалості судового розгляду справ про розлучення, тоді як суть права на шлюб, на думку Суду, не порушувалася.

¹ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

³ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>

⁴ *Johnston and Others v. Ireland*, Application no. 9697/82 18 December 1986, §§ 50, 52 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57508>

⁵ Bart van der Sloot. Between Fact and Fiction: an Analysis of the Case Law on Article 12 ECHR / Draft version: final version published in Child and Family Law, 2014-4. P. 11. URL: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/1561.pdf>

⁶ Протокол № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Протокол вступив в силу 1 листопада 1988 року). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_804#Text

⁷ *Johnston and Others v. Ireland*, Application no. 9697/82 18 December 1986, §§ 53, 54. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57508>

⁸ *F. v. Switzerland*, no. 11329/85, §§ 36, 38, 40, 18 December 1987. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57490>

⁹ *V.K. v. Croatia*, no. 38380/08, §§ 94, 99, 101-103, 106, 107, 27 November 2012. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114778>

¹⁰ Partially Dissenting Opinion of Judge Berro-Lefevre in case *V.K. v. Croatia*, no. 38380/08, 27 November 2012. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114778>

¹¹ *Aresti Charalambous v. Cyprus*, no. 43151/04, §§ 42, 45, 46, 54, 56, 19 July 2007. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81807>

¹² Partially Dissenting Opinion of Judge Berro-Lefevre in case *V.K. v. Croatia*, no. 38380/08, 27 November 2012. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114778>

¹³ *Chernetskiy v. Ukraine*, no. 44316/07, § 30, 31, 8 December 2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169216>

¹⁴ *Babiarz v. Poland*, no. 1955/10, § 28, 32, 53-56, 58, 10 January 2017. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170344>

¹⁵ *Andrzej Piotrowski v. Poland*, no. 8923/12, § 51, 22 November 2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169916>

Резюме

Білик О.О. Питання, пов'язані з розірванням шлюбу, в практиці Європейського суду з прав людини.

Стаття присвячена розгляду практики Європейського суду з прав людини в контексті можливості осіб розірвати шлюбні відносини та інших, пов'язаних з розірванням шлюбу, питань.

У статті проаналізовано низку рішень Суду, в яких розглядалося дане питання з різних аспектів. Зокрема, визнання права на розлучення як такого, коли національне законодавство забороняло розірвання шлюбного зв'язку за життя обох з подружжя; наявність обмежень для особи укласти повторний шлюб після розірвання попереднього; надмірна тривалість розгляду справи про розлучення, що, в свою чергу, супроводжувалося невизначеністю правового статусу осіб; неможливість особи розірвати шлюб у зв'язку з тим, що інший з подружжя-відповідач не дає згоди на розлучення.

Ключові слова: право на шлюб, розірвання шлюбу, право на повторний шлюб, позашлюбні стосунки, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, практика Європейського суду з прав людини.

Резюме

Билык А.О. Вопросы, связанные с расторжением брака, в практике Европейского суда по правам человека.

Статья посвящена рассмотрению практики Европейского суда по правам человека в контексте возможности лиц разорвать брачные отношения и других, связанных с расторжением брака, вопросов.

В статье проанализирован ряд решений Суда, в которых рассматривался данный вопрос с разных аспектов. В частности, признание права на развод как такового, когда национальное законодательство запрещало расторжение брачной связи при жизни обоих супругов; наличие ограничений для лица заключить повторный брак после расторжения предыдущего; чрезмерная продолжительность рассмотрения дела о разводе, что, в свою очередь, сопровождалось неопределенностью правового статуса лиц; невозможность лица расторгнуть брак в связи с тем, что другой из супругов-ответчик не дает согласия на развод.

Ключевые слова: право на брак, расторжение брака, право на повторный брак, внебрачные отношения, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, практика Европейского суда по правам человека.

Summary

Oleksandra Bilyk. Issues concerning divorce in European Court of Human Rights case law.

The article deals with the case law of the European Court of Human Rights in the context of the individuals' possibility to dissolve one's marriage in general and other issues related to divorce.

Starting with the case of *Johnston and Others v. Ireland* (1986) ECHR made it clear that a right to divorce cannot be derived from Article 12 of the Convention (Right to marry). The Court stated that drafters of the Convention had no intention to include in Article 12 any guarantee of a right to have the ties of marriage dissolved by divorce. On the other hand, in case of *F. v. Switzerland* (1987) ECHR stated that if national legislation allows divorce, which is not a requirement of the Convention, Article 12 secures for divorced persons the right to remarry without unreasonable restrictions.

In more recent cases the Court dealt with issues concerning the lengthy divorce proceedings that impaired applicants' right to marry again. In this aspect the Court would not exclude that a failure to conduct divorce proceedings within a reasonable time could in certain circumstances raise an issue under Article 12 of the Convention. However, in such cases the Court emphasizes more on the issue of the violation of Article 6 § 1 of the Convention in light of the failure of the domestic authorities to conduct the divorce proceedings efficiently.

Another side of divorce proceedings was reviewed in case of *Babiarz v. Poland* (2017) where the applicant complained that by refusing to grant him a divorce the authorities had prevented him from marrying the woman with whom he had been living and had a child. The situation arose due to the provisions of Polish law that a divorce could not be granted if it had been requested by the party whose fault it was that the marriage had broken down, if the other party refused to consent. In the Court's view, if the provisions of the Convention cannot be interpreted as guaranteeing a possibility, under domestic law, of obtaining divorce, they cannot, a fortiori, be interpreted as guaranteeing a favourable outcome in divorce proceedings instituted under the provision of that law allowing for a divorce.

Key words: right to marry, divorce, right to remarry, extramarital relationship, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights case law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.41

УДК: 346.5:658.8

І.С. ДЕМЧЕНКО, А.Б. БЕРЗІНА

*Іван Сергійович Демченко, кандидат юридичних наук, викладач Національного медичного університету імені О.О. Богомольця**

ORCID: 0000-0001-8721-2775

*Анжела Бахтіярли Берзіна, кандидат юридичних наук, старший викладач Національного медичного університету імені О.О. Богомольця***

ORCID: 0000-0002-9885-309X

РЕКЛАМА ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ: ОГЛЯД СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Постановка проблеми. Реклама лікарських засобів визнається одним із найдієвіших механізмів просування лікарських засобів. За різними оцінками, реклама лікарських засобів в Україні на телебаченні займає близько третини ефірного часу¹. Зовнішня реклама (бігборди, плакати) лікарських препаратів можна зустріти у будь-якому місці – від центру міст до околиць. Значному поширенню реклами лікарських засобів сприяють ставлення суспільства до реклами як до надійного джерела інформації про лікарські засоби, недовіра до лікарів та системи охорони здоров'я та, як наслідок, поширеність практики самолікування. Але лікарські засоби є особливим товаром. Їх неправильне застосування, зокрема через неправильне дозування, неврахування побічних ефектів, протипоказань або наслідків взаємодії з іншими медикаментами досить часто пов'язане з істотними ризиками для здоров'я, а інколи й для життя людини. Пацієнти переважно не володіють необхідними медичними та фармацевтичними знаннями, аби правильно оцінити навіть достовірну й об'єктивну інформацію про лікарський засіб самостійно, не кажучи вже про різні форми зловживань при здійсненні рекламної діяльності².

Реклама лікарських засобів в Україні вагомо впливає на соціум, тому підходи до рекламування лікарських засобів у державі є значно більш жорсткими, ніж у країнах ЄС³. Із метою захисту інтересів споживачів та економічної конкуренції (часто друге переважає), держава забезпечує дотримання вимог законодавства у сфері реклами лікарських засобів. Законодавство про рекламу загалом та про рекламу лікарських засобів зокрема є доволі детально прописаним. Однак більш цікавим є проблемні питання практики застосування відповідних положень законодавства. Зокрема й те, як національні суди розглядають справи у сфері реклами лікарських засобів. Чи можливо говорити, що на сьогодні в Україні взагалі сформувалась судова практика у сфері реклами лікарських засобів?

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Юридичні аспекти питання реклами лікарських засобів розглядалися у роботах таких вітчизняних науковців, як С.Б. Булеца, В.М. Бодак, Г.В. Гусева, Г.М. Гребньов, В.А. Комаров, В.М. Толочко, А.Б. Ольховська, В.М. Пашков та ін. Окремо відзначимо дисертаційне дослідження А.В. Стрельникова на тему «Адміністративна відповідальність за порушення законодавства про рекламу»⁴. Також слід зважати на публікації практикуючих юристів, зокрема Т. Бондарева, А. Горбатенка, Л. Сінічкіної, А. Побережник та ін. Слід зважати на практику розгляду справ щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення законодавства про рекламу Державною службою України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів (Держпродспоживслужбою) та Антимонопольним комітетом України. Загалом зазначимо, що в науковій літературі наявні поодинокі випадки аналізу судової практики у сфері реклами лікарських засобів. Окремого дослідження із цього питання не проводилось.

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження судової практики у сфері реклами лікарських засобів.

Виклад основного матеріалу. В Україні питання реклами лікарських засобів регулюється Законами України «Про рекламу», «Про лікарські засоби», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про захист прав споживачів», «Про забезпечення функціонування української мови як державної» та низкою підзаконних нормативно-правових актів. Залежно від того, де розміщується реклама лікарських засобів, можуть застосовуватися положення Законів України: «Про телебачення і радіомовлення», «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні».

Рекламою є інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару⁵. Реклама лікарських засобів, як і будь-яка інша реклама, повинна відповідати: загальним принципам реклами; загальним вимогам до реклами (поширюються на усі товари, незалежно від їх виду); спеціальним вимогам до реклами. Спеціальні вимоги до реклами лікарських засобів це: а) конкретні вимоги до дозволе-

© І.С. Демченко, А.Б. Берзіна, 2020

* *Ivan Demchenko, Ph.D. in Law, Lecturer of Bogomolets National Medical University*

** *Anzhela Berzina, Ph.D. in Law, Senior Lecturer of Bogomolets National Medical University*

них та заборонених до рекламування лікарських засобів; б) вимоги до змісту реклами лікарських засобів (вимоги про те, що реклама лікарських засобів повинна та не повинна містити); в) вимоги залежно від категорій осіб, на яких вона поширюється.

Контроль за дотриманням законодавства України про рекламу, з-поміж інших, здійснюють: центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного контролю за додержанням законодавства про захист прав споживачів – щодо захисту прав споживачів реклами. Наразі таким органом є Держпродспоживслужба; Антимонопольний комітет України – щодо дотримання законодавства про захист економічної конкуренції; Національна рада з питань телебачення і радіомовлення – щодо телерадіоорганізацій усіх форм власності.

Обов'язкові вимоги до змісту реклами лікарських засобів майже стовідсотково є конкретними і такими, що підлягають оцінці, тоді як заборони і обмеження часто неможливо оцінити, присутній цей ефект у рекламному повідомленні чи ні, і як він може вплинути на конкретного споживача⁶. Відповідно, залежно від того, які вимоги до розміщення реклами порушені – той орган державної влади може оцінювати, чи дійсно заборони і обмеження були порушені та розглядати питання про притягнення осіб, винних у порушенні законодавства про рекламу, до відповідальності. Далі, якщо рекламодавці, виробники чи розповсюджувачі реклами не згодні з рішенням відповідних органів державної влади – вони мають змогу оскаржити таке рішення у судовому порядку. Позивачем виступатиме, найчастіше, рекламодавець, якими у сфері реклами лікарських засобів є фармацевтичні компанії, аптеки (аптечні мережі). Відповідачем – відповідний орган державної влади (найчастіше – Антимонопольний комітет України або його територіальні підрозділи). Таким чином і формується судова практика у сфері реклами лікарських засобів.

Очевидно, що не всі питання у сфері реклами лікарських засобів ставали предметом розгляду у судах різних інстанцій. Аналіз судової практики свідчить, що майже усі справи у цій сфері стосуються недобросовісної реклами.

Недобросовісна реклама – це реклама, яка вводить або може ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди особам, державі чи суспільству внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, замовчування, порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження⁷.

У термінології Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» недобросовісна реклама входить за змістом до «поширення інформації, що вводить в оману». Поширенням інформації, що вводить в оману, є повідомлення суб'єктом господарювання, безпосередньо або через іншу особу, одній, кільком особам або невизначеному колу осіб, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання.

Інформацією, що вводить в оману, є відомості, які:

– містять неповні, неточні або неправдиві дані про походження товару, виробника, продавця, спосіб виготовлення, джерела та спосіб придбання, реалізації, кількість, споживчі властивості, якість, комплекtnість, придатність до застосування, стандарти, характеристики, особливості реалізації товарів, робіт, послуг, ціну і знижки на них, а також про істотні умови договору;

– містять неповні, неточні або неправдиві дані про фінансовий стан чи господарську діяльність суб'єкта господарювання;

– приписують повноваження та права, яких не мають, або відносини, в яких не перебувають;

– містять посилання на обсяги виробництва, придбання, продажу чи поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, яких фактично не було на день поширення інформації⁸.

Визнання факту недобросовісної реклами лікарських засобів здійснюється у таких випадках: якщо до МОЗ України надійшла заява від споживача реклами лікарських засобів про факт завдання нею шкоди для здоров'я; якщо в процесі проведення нагляду за рекламою лікарських засобів виявлено факти порушення вимог МОЗ України щодо змісту інформації, яка може міститися у рекламі ліків⁹. Для кваліфікації порушення ст. 15-1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» необхідно встановити, що:

– поширення інформації, яка вводить в оману, відбулося в конкурентних відносинах;

– ці дії вплинули або можуть вплинути на наміри певних осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг відповідного суб'єкта господарювання¹⁰.

Зазначаємо, що часто порушення законодавства про рекламу лікарських засобів класифікуються як власне поширення інформації, що вводить в оману, так і порушення тих чи інших спеціальних вимог до реклами лікарських засобів. Наведемо деякі із розглянутих справ.

Справи щодо «популяризації» лікарського засобу. Реклама лікарського засобу під назвою «Долар». «Долар – нове ім'я відомого препарату» – такий слоган використовувався у рекламі, яка розміщувалася на маршрутних автобусах. Досліджуючи матеріали справи, Антимонопольний комітет України встановив, що лікарський препарат «Боларен», на який, начебто, було посилання у рекламі – не був відомий широкому колу споживачів. Таким чином, поширена у рекламному повідомленні інформація була визнана такою, що вводить споживачів в оману, привертаючи їх увагу до лікарського препарату «Долар», як препарату, який вже давно реалізується в Україні під іншим ім'ям і може вплинути на їх наміри щодо придбання цього лікарського препарату¹¹. Схожа ситуація щодо реклами лікарського засобу «Амізон», щодо рекламування зазначеного препарату на телебаченні. Зокрема, рекламний ролик містив таке твердження «9 з 10 українців обирають саме «Амізон»». Як наслідок, у громадян могло скластися враження, що 90 відсотків від усієї кількості українців є споживачами препарату «Амізон». Насправді, як показало маркетингове дослідження у цьому рекламному ролику, за базу розрахунку було взято лише ту кількість людей, які хворіли на грип, застуду та кашель¹².

Справи щодо «перебільшення» властивостей лікарських засобів. Під час реклами препарату «Лазолван» був використаний рекламний ролик, що вводив в оману споживачів щодо фармакологічних властивостей препарату. У роликуну поширювалася неправдива інформація про те, що препарат лікує простудні захворювання, хоча насправді він тільки полегшує симптоми хвороби¹³. У рекламі лікарського засобу «Кваттрекс» вживались наступні формулювання: «... живе кожну нервову клітину, відновлюючи її захисну мембрану...»; «... завдяки Кваттрексу руйнівна дія стресу нейтралізується вже з першого дня прийому»; «Кваттрекс поверне вам кожну нервову клітину». Зазначені формулювання відрізнялись від тих, які визначались в Інструкції для медичного застосування цього препарату. У рекламі містились неправдиві дані про лікувальні властивості та швидкість дії зазначеного лікарського препарату¹⁴.

Справи щодо надання продуктам властивостей лікарського засобу. Забороняється вміщувати в рекламі лікарських засобів інформацію, яка дозволяє припустити, що лікарський засіб є харчовим, косметичним чи іншим споживчим товаром або що безпечність чи ефективність цього засобу обумовлена його природним походженням. Аналогічно у рекламі товарів, що не належать до лікарських засобів, а також у рекламі харчових продуктів для спеціального дієтичного споживання, функціональних харчових продуктів та дієтичних добавок забороняється посилається на те, що вони мають лікувальні властивості¹⁵. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів»¹⁶ дієтична добавка – це вітамінні, вітамінно-мінеральні або трав'яні добавки окремо та/або в поєднанні у формі пігулок, таблеток, порошків, що приймаються перорально разом з їжею або додаються до їжі в межах фізіологічних норм, для додаткового порівняно із звичайним харчуванням вживання цих речовин; дієтичні добавки також містять або включають різні речовини або суміші речовин, у тому числі протеїни, вуглеводи, амінокислоти, істивні олії та екстракти рослинних і тваринних матеріалів, що вважаються необхідними або корисними для харчування та загального здоров'я людини. У Харківському апеляційному господарському суді розглядалась справа¹⁷ щодо розміщення в щоденній всеукраїнській газеті неточних та неправдивих відомостей стосовно властивостей дієтичної добавки до раціону харчування. Так, у рекламі зазначалось, що «XXX – мощное средство от рака, опухолей, полипов, кистей. Останавливает развитие опухолей и метастазов. Эффективен при лечении сахарного диабета, инфаркте, инсульте, гипертонии. Применяется при рассеянном склерозе». Судом було встановлено, що: XXX не є лікарським засобом і його рекомендовано вживати як дієтичну добавку до раціону харчування – «додаткового джерела вітаміну D3, містить полісахариди». Державний реєстр лікарських засобів України не містить відомостей про препарат XXX. Суд визнав, що рекламна інформація, яка поширювалася в газеті про властивості препарату, є неточною та неправдивою, може ввести в оману споживачів та вплинути на їх наміри щодо придбання даного препарату. Суд постановив, що таке поширення рекламної інформації є порушенням ст. 15-1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Справи щодо участі/використання зображення лікарів у рекламі лікарських засобів. Законодавством України встановлено заборону на участь лікарів та інших професійних медичних працівників, а також осіб, зовнішній вигляд яких імітує зовнішній вигляд лікарів, у рекламі лікарських засобів¹⁸. Наприклад, у судовій справі щодо реклами зубної пасти «Сенсодин» (хоча очевидно, що зубна паста не є лікарським засобом) суд визначив, що розміщення в рекламі тверджень «стоматологи рекомендують сенсодин», «рекомендовано стоматологами», розміщені поряд із фото людини в лікарському халаті, може розцінюватися споживачем як заміна профілактичних оглядів у стоматолога і є по суті рекламою методів профілактики стоматологічних захворювань. Окрім того, позначення «стоматологи рекомендують...», підсилене зображенням людини в лікарському халаті, її виступ в рекламних роликах саме таким способом, є розміщенням неправдивої інформації щодо набутих особливостей фактичного споживання даної продукції на території України, яких фактично немає на час поширення інформації і може ввести в оману покупців та вплинути на їх наміри щодо купівлі цих товарів¹⁹.

Справи щодо цін на лікарські засоби. При рекламі знижок, акційних цін, спеціальних пропозицій тощо, окрім встановлених вимог Закону України «Про рекламу», необхідно дотримуватись положень Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про захист прав споживачів». Відповідно до Закону України «Про рекламу» реклама про знижку цін на продукцію, про розпродаж повинна містити відомості про місце, дату початку і закінчення знижки цін на продукцію, розпродаж, а також про співвідношення розміру знижки до попередньої ціни реалізації товару²⁰. Так, в одній із справ розглядалась наступна ситуація. На фасадах аптечних закладів було розміщено рекламне оголошення («-5 %», «-7 %», «Низькі ціни») без зазначення, що знижки розповсюджуються лише на тих споживачів, які володіють дисконтною картою. Дане судом було визнано як інформація, що вводить споживачів в оману, шляхом повідомлення суб'єктом господарювання невизначеному колу осіб неповних та неправдивих відомостей про особливості реалізації товарів, ціну і знижки на них, що можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання товарів цього суб'єкта господарювання²¹. В іншій справі судом було визначено наступне. Поширення інформації про ціни на лікарські засоби у вигляді напису «Самые низкие цены» на рекламному банері, що розміщений на аптечному закладі, у той час як роздрібні ціни на лікарські засоби в цьому аптечному закладі не є найнижчими та поширення у такий спосіб неточної інформації про ціни та лікарські засоби є порушенням законодавства про захист від недобросовісної конкуренції (у вигляді поширення інформації, що вводить в оману)²².

Огляд судової практики у сфері реклами лікарських засобів був би не повним без огляду справи щодо реклами лікарського препарату «Мірамістин». Справа розпочалася наприкінці 2012 р., декілька разів направлялася на новий розгляд і дійшла до Вищого адміністративного суду України.

Позиція відповідача (у даній справі Державна інспекція України з питань захисту прав споживачів) базувалася на тому, що реклама лікарського засобу «Мірамістин»:

– вказує на терапевтичні ефекти стосовно захворювань, які не піддаються або важко піддаються лікуванню. Зокрема, у рекламі використовувався спосіб подання інформації та використані слова «позбутися,

захищає, знищує, діє згубно», які є такими, що вказують на терапевтичні ефекти лікарського засобу стосовно захворювань, які не піддаються або важко піддаються лікуванню;

– містить відомості про гарантований лікувальний ефект препарату та є недобросовісною рекламою, оскільки створює помилкове враження щодо показань лікарського засобу для лікування будь-яких інфекцій, які передаються статевим шляхом, та захисту від зараження вірусом імунодефіциту людини. Зокрема, інформація щодо дії препарату наводиться двозначно, так що може створювати у споживачів помилкове враження щодо більш широких, ніж насправді, показань лікарського засобу аж до лікування будь-яких інфекцій, які передаються статевим шляхом; внаслідок обраного в рекламі способу викладення інформації про препарат створюється статимкове враження, що він може захистити від зараження вірусом імунодефіциту людини; існує ймовірність, що на підставі сприйнятої інформації у споживача виникне асоціація про зв'язок між препаратом та захистом від ВІЛ.

У ході розгляду справи була призначена судова психолого-лінгвістична експертиза. Експерти дійшли наступних висновків:

1) у текстовому відтворенні рекламного відеоролику лікарського засобу «Мірамістин» немає вказівки на лікувальні властивості цього лікарського засобу; зміст термінів «профілактика» та «терапевтичний ефект» не є ідентичними, профілактика означає запобігання хворобам, а терапевтичний ефект – це результат лікування вже існуючих хвороб; слово «інфекція» вживане у значенні «збудники заразної хвороби», «хвороботворні мікроби»; слово «інфекція» вжито у значенні «збудник заразної хвороби», отже, в дослідженому текстовому відтворенні рекламного відеоролику зміст слів «збудник» та «інфекція» збігається. У текстовому відтворенні рекламного відеоролику зміст слів «збудник» та «інфекція» збігається; однак зміст слів «інфекція» та «захворювання» не є тотожними; поняття «інфекція» та «захворювання», хоча і пов'язані між собою, але мають відмінний зміст, оскільки в першому випадку йдеться про причину (умову), а в другому – про наслідок, оскільки взаємодія організму з хвороботворними мікробами (збудниками хвороб) не завжди призводить до виникнення захворювання;

2) можна однозначно сказати, що адресатом досліджуваної реклами може стати певна, невизначеного числа та складу аудиторія телеглядачів, яку становлять здорові люди, що бажають запобігти виникненню хвороби; рекламний ролик спрямований виключно на профілактику – упередження/недопущення виникнення хвороби; така спрямованість виключає категорію хворих людей, що бажають вилікувати певне захворювання, з адресатів рекламного ролику;

3) у текстовому відтворенні рекламного відеоролику не йдеться взагалі як про лікувальний ефект лікарського засобу «Мірамістин», тобто результат, наслідок його застосування для припинення чийогось захворювання, так і про гарантованість вказаного лікувального ефекту; словосполучення «позбутися інфекції» означає втратити хвороботворні мікроби, втратити збудника заразної хвороби; об'єктивно словосполучення «позбутися інфекції» не може означати «вилікуватися» (лікуючись, позбавляти хвороби, робитися здоровим, видужувати), оскільки наявність інфекції не означає обов'язкову наявність хвороби; у текстовому відтворенні рекламного відеоролику лікарського засобу «Мірамістин» стверджується, що лікарський засіб «Мірамістин» *«діє згубно навіть на вірус імунодефіциту людини»*, це означає, що зазначений лікарський засіб діє на вірус імунодефіциту людини таким чином, що вказаний вірус може зникнути, загинути або втратити притаманні йому властивості;

4) у особи, яка переглядає рекламу, не повинно з'явитись переконання, що застосування лікарського засобу «Мірамістин» протягом двох годин після статевого акту гарантовано убезпечить від хвороб, що передаються статевим шляхом (хламідіоз, гонорея, сифіліс, молочниця, ВІЛ); в рекламному ролику лікарського засобу «Мірамістин» дієслово *«проконсультуйтесь»* (з лікарем) вжито в наказовій формі та спонукає до необхідності виконання дії стосовно звернення за консультацією лікаря; у пересічного споживача телевізійної реклами лікарського засобу «Мірамістин» не повинно виникнути враження, що рекламований лікарський засіб дозволяє вилікувати ВІЛ-інфекцію; у споживача даної реклами є можливість для сприйняття даної текстової інформації.

Фактично рішення у даній справі було прийнято на підставі Висновку психолого-лінгвістичної експертизи телевізійного рекламного ролика зазначеного лікарського засобу. Позивач (ПрАТ «Фармацевтична фірма «Дарниця») довів відсутність ознак недобросовісної реклами лікарських засобів.

За результатами розгляду судової практики у сфері реклами лікарських засобів, вважаємо за доцільне навести позицію С.Б. Булеци щодо реклами лікарських засобів: «Слід зважати, що виробники ліків зацікавлені у тому, щоб їх продукт купувався та споживався у великих кількостях, незалежно від його корисності. Споживачі, недостатньо інформовані, і, як правило, неосвічені в медичних питаннях, часто довіряють рекламі, а не медичним порадам. Реклама має сугестивний вплив на хворого, тобто вона примушує його використовувати препарати, які частіше рекламуються»²³. У свою чергу, судова практика у сфері реклами лікарських засобів акцентує увагу на неухильному дотриманні положень чинного законодавства.

Висновки.

По-перше, поняття «реклама» має широке трактування, що здатне призвести до виникнення спірних ситуацій на практиці (зокрема при відмежуванні «реклами» від «інформації рекламного характеру»). При оцінці правомірності оформлення реклами лікарських засобів суди можуть стикатись із проблематикою застосування оцінних понять при встановленні заборон і обмежень до реклами лікарських засобів та їх впливу на споживача рекламних послуг. А оскільки кінцевою метою рекламування лікарських засобів є не лише інформовання споживача про наявність на ринку лікарських засобів конкретного продукту, а й отримання прибутку від реалізації лікарських засобів за рахунок можливого покращення стану здоров'я споживача, така реклама обов'язково повинна бути добросовісною та не вводити в оману споживача.

По-друге, огляд судової практики у справах про рекламу лікарських засобів показав, що така практика характеризується певною неоднозначністю та багато у чому залежить від представлених доказів представників сторін. Пояснити таку ситуацію можна відсутністю уніфікованих вимог до промоції лікарських засобів, а також браком механізму контролю за рекламуванням ліків, у результаті чого на радіо та телебаченні можуть звучати неоднозначні формулювання щодо властивостей лікарських засобів, їх ефекту. Рішення судів переважно базуються на розгляді обставин кожної конкретної справи.

По-третє, Міністерство охорони здоров'я України повинно визначити одним із пріоритетних напрямів своєї діяльності удосконалення законодавства у сфері охорони здоров'я в частині проведення реклами лікарських засобів (або й повної її заборони в теле- і радіоефірах), промоції лікарських засобів. Такі кроки повинні бути проведені з урахуванням вимог законодавства ЄС про рекламу лікарських засобів як частини програми з гармонізації вітчизняного законодавства з нормами ЄС.

¹ Полтавець Т. Законодавче врегулювання реклами лікарських засобів. *Громадська думка про правотворення*. 2018. № 10 (154). С. 6–9. С. 6.

² Пашков В.М. Реклама лікарських засобів в системі господарсько-правового регулювання фармацевтичного ринку. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: Економічна теорія та право. 2013. № 1(12). С.148–157. С. 148.

³ Гусева Г.В. Правове регулювання реклами лікарських засобів в Україні: проблеми і перспективи. *Вісник Академії адвокатури України*. 2014. Т. 11. Число 2(30). С. 40–48. С. 42.

⁴ Стрельников А.В. Адміністративна відповідальність за порушення законодавства про рекламу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Одеська національна юридична академія, Одеса, 2004. 198 с.

⁵ Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. (зі змінами) № 270/96-ВР. *Голос України*. 1996. 25 липня. Ст. 1.

⁶ Удовенко О.О., Городецька І.Я., Ханік Н.Л. Контroversійні питання реклами лікарських засобів в Україні. *Фармацевтичний часопис*. 2013. № 2. С. 76–79. С. 76.

⁷ Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. (зі змінами) № 270/96-ВР. *Голос України*. 1996. 25 липня. Ч. 1. Ст. 1.

⁸ Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 7 червня 1996 р. (зі змінами) № 236/96-ВР. *Голос України* 1996. 2 липня. Ст. 15-1.

⁹ Комаров В.А. Правове регулювання реклами лікарських засобів. *Збірник наукових праць Міжрегіональної фінансово-юридичної академії (економіка, право)*. 2011. 1(1). С.103–107. С. 106.

¹⁰ *Фармацевтика та охорона здоров'я: засади правового регулювання*. Київ: Arzinger, 2014. 226 с. С. 91–92.

¹¹ Рішення Господарського суду міста Києва від 11 серпня 2010 р. у справі № 14/292. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10795716> (дата звернення: 17.01.2020).

¹² Звіт Антимонопольного комітету України за 2012 рік: затверджено Розпорядженням антимонопольного комітету України № 175-р від 12.03.2013 р. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=95114&%20schema=main> (дата звернення: 17.01.2020). С. 40–41.

¹³ Андрощук Г.О., Шкляр С.В. *Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції*. Київ: Arzinger, 2012. 471 с. С. 234.

¹⁴ Рішення Адміністративної колегії Київського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України № 47 від 25 жовтня 2016 р. у справі № 103-02/07.15. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=85496&schema=kuivr> (дата звернення: 17.01.2020).

¹⁵ Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. (зі змінами) № 270/96-ВР. *Голос України*. 1996. 25 липня. Ч. 8, 9. Ст. 21.

¹⁶ Про безпечність та якість харчових продуктів: Закон України від 23 грудня 1997 р. (зі змінами) № 771/97-ВР. *Офіційний вісник України*. 1998. № 3. Ст. 75. Ч. 1.

¹⁷ Постанова Харківського Апеляційного господарського суду у справі 18/2473/11 від 1 березня 2012 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21782508> (дата звернення: 17.01.2020).

¹⁸ Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. (зі змінами) № 270/96-ВР. *Голос України*. 1996. 25 липня. Ч. 7. Ст. 21.

¹⁹ Рішення Господарського суду Волинської області від 24 березня 2014 р. у справі № 903/26/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37911458> (дата звернення: 17.01.2020).

²⁰ Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. (зі змінами) № 270/96-ВР. *Голос України*. 1996. 25 липня. Ст. 8.

²¹ Постанова Верховного Суду. Касаційний господарський суд. Від 6 листопада 2018 р. у справі 910/18025/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77749138> (дата звернення: 17.01.2020).

²² Постанова Верховного Суду. Касаційний господарський суд. Від 20 березня 2018 р. у справі 904/6668/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72854253> (дата звернення: 17.01.2020).

²³ Булеца С.Б. Роль інформації та реклами в медичній діяльності. *Держава і право*. 2010. Вип. 48. С. 357–365. С. 365.

Резюме

Демченко І.С., Берзіна А.Б. Реклама лікарських засобів: огляд судової практики.

У статті досліджується судова практика у сфері реклами лікарських засобів. Визначено спеціальні вимоги до реклами лікарських засобів. У більшості випадків недобросовісна реклама лікарських засобів входить за змістом до поняття «поширення інформації, що вводить в оману». Розглянуто справи як щодо поширення інформації, що вводить в оману, так і порушення тих чи інших спеціальних вимог до реклами лікарських засобів. Зокрема, справи щодо: «популяризації» лікарського засобу; «перебільшення» властивостей лікарських засобів; надання продуктам властивостей лікарського засобу; щодо використання зображення лікарів у рекламі лікарських засобів; цін на лікарські препарати.

Ключові слова: судова практика, реклама, лікарські засоби, недобросовісна реклама, інформація, що вводить в оману.

Резюме

Демченко И.С., Берзина А.Б. Реклама лекарственных средств: обзор судебной практики.

В статье исследуется судебная практика в сфере рекламы лекарственных средств. Определены специальные требования к рекламе лекарственных средств. В большинстве случаев недобросовестная реклама лекарственных средств входит по содержанию в определение «распространение информации, вводящей в заблуждение». Рассмотрены дела, как собственно распро-

странение информации, вводящей в заблуждение, так и нарушения тех или иных специальных требований к рекламе лекарственных средств. В частности, дела по «популяризации» лекарственного средства; «преувеличения» свойств лекарственных средств; придания продуктам свойств лекарственного средства; использованию изображения врачей в рекламе лекарственных средств; цен на лекарственные препараты.

Ключевые слова: судебная практика, реклама, лекарственные препараты, недобросовестная реклама, информация, которая вводит в заблуждение.

Summary

Ivan Demchenko, Anzhela Berzina. Medicines Advertising: Legal Practice.

The article explores legal practice in the field of advertising medicines. Medicines advertising is recognized as one of the most effective mechanisms of medicines promotion. Factors affecting the spread of medicines advertising: the public's attitude to advertising as a reliable source of information about medicines, distrust of doctors and the healthcare system, and, as a consequence, the prevalence of self-medication practices. In order to protect the interests of consumers and protect economic competition (*often second prevailing*), the state ensures compliance with the requirements of the legislation in the field of medicines advertising. What is important is how national courts hear cases regarding medicines advertising.

Advertising is information about a person or product, disseminated in any form and by any means and intended to generate or maintain awareness of the consumer of the advertising and their interest in such person or product. Advertising of medicinal products, like any other advertising, must comply with: the general principles of advertising; general advertising requirements (apply to all products, regardless of their type); special advertising requirements. Specific requirements for medicines advertising are: (a) specific requirements for the permitted and prohibited medicines advertising; (b) requirements for the content of advertising of medicines (consisting of the requirements that medicines advertising should and should not contain); (c) particularities for advertising for certain categories of persons.

The mandatory content requirements for medicines advertising are almost 100% specific and evaluable, while prohibitions and restrictions often make it impossible to assess whether this effect is present in the advertising message or how it may affect a particular consumer. Accordingly, depending on which requirements for advertising have been violated, the public authority can assess whether the prohibitions and restrictions have actually been violated and consider bringing those responsible for violating advertising legislation to liability. Further, if the advertisers, producers or distributors of the advertisement do not agree with the decision of the relevant public authorities, they can appeal to court. Most often, the plaintiff will be the advertiser, who are the field of advertising of medicines are pharmaceutical companies, drugstores. The respondent – the relevant authority. This is how the jurisprudence in the field of medicines advertising is formed.

Almost every case about medicines advertising is about false advertising in a form of «spreading misleading information». Cases have been considered as to the actual dissemination of misleading information and the violation of certain special requirements for the medicines advertising. In particular, cases concerning: medicines «popularization»; «exaggeration» of medicines effect; giving the products features of medicines; on the use of physicians' images in medicines advertising; medicine prices.

Not all cases of «spreading misleading information» about medicines go to court. The legal practice in the field of medicines advertising is characterized by a certain ambiguity and depends largely on the evidence presented by the parties' representatives. The decisions of the courts are based on the consideration of the circumstances of each case.

Key words: judicial practice, advertising, medicines, deceptive advertising, misleading information.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.42

УДК 341.231.14

Н.М. КВІТ

*Наталія Михайлівна Квіт, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0002-4823-5541

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ НЕІМПЛАНТОВАНОГО ЕМБРІОНА *IN VITRO* З ПОЗИЦІЙ ДОКТРИНИ, ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Постановка проблеми. Питання визначення правового режиму ембріона в доктрині цивільного права вже тривалий час є предметом наукової дискусії, оскільки воно зачіпає не лише юридичну сферу, а й піддається значному впливу норм моралі. Необхідно дослідити доктринальні та правові механізми вирішення питання створення гарантій охорони неімплантованого ембріона *in vitro* в сфері репродуктивних відносин, враховуючи також позицію щодо цього питання Європейського суду з прав людини. Така необхідність також обґрунтована вимогами Конвенції з прав людини та біомедицини щодо необхідності створення в національному законодавстві гарантій захисту живих ембріонів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження правового режиму ембріона, його права на життя та іншим питанням, які пов'язані із його захистом, присвячено чимало як вітчизняних, так і іноземних досліджень. Серед основних дослідників цієї проблематики С.Б. Булеца, А.П. Головашук, Ю.В. Коренга, Р.А. Майданик, О.О. Пунда, З.В. Ромовська, Р.О. Стефанчук, С.С. Шевчук та ін. Більшість дослідників

© Н.М. Квіт, 2020

* *Nataliia Kvit, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Ivan Franko Lviv National University*

акцентують увагу на правовому статусі чи правовому режимі ембріона загалом, не досліджуючи окремо питання правового режиму неімплантованого ембріона *in vitro*, який якраз найчастіше стає об'єктом зловживань та неправомірного використання чи навіть створення його з дослідницькою чи комерційною метою, чим обґрунтовується актуальність даного дослідження.

Постановка завдання. Метою даного дослідження є визначити оптимальну конструкцію правового режиму неімплантованого ембріона *in vitro* у відносинах допоміжної репродукції на основі аналізу позицій законодавства та доктрини, а також з урахуванням практики Європейського суду з прав людини та запропонувати шляхи належного його регулювання в чинному законодавстві України.

Виклад основного матеріалу дослідження. У німецькій правовій науці розглядається можливість поширення принципу «захисту життя» також і на пренатальне людське життя. Зокрема, висловлюється думка, що оскільки ембріон при його безперешкодному розвитку стає людиною (якій характерна унікальність) та особою і цей розвиток є довготривалим процесом, то однозначно не можна ембріон поза тілом жінки (*in vitro*) розглядати як простий об'єкт дослідження, без відповідного впливу на розуміння людини як живої істоти, яка в кожному її прояві підлягає захисту. Якщо, з юридичної точки зору, дослідження неімплантованого ембріона не можна розглядати як дослідження людини як такої, то принаймні його необхідно трактувати як дослідження процесу розвитку, який проходить кожна людська істота¹. Вирішення цього питання залежить від визначення правового режиму ембріона *in vitro* та від того, чи взагалі допустимо його розглядати як об'єкт для будь-якого використання.

Варто зазначити, що існують два основних підходи до визначення правового режиму ембріона. Відповідно до першого підходу вчені наділяють його статусом суб'єкта права, повноправного учасника правовідносин, нарівні з людиною. Зокрема, Л.Ю. Голишева підкреслює, що законодавство певних країн містить положення щодо виникнення правосуб'єктності в людського ембріона², а О.О. Круглова зазначає, що категорію «ембріон» необхідно визначати як особливий суб'єкт цивільних правовідносин, що, на нашу думку, є спірним³. Тож прихильники абсолютистської позиції, які наділяють ембріон статусом суб'єкта права, вважають, що людський зародок має властивість відчувати, а тому наділений найвищим правом – правом на життя та його охорону. Відповідно, він повинен бути захищений від будь-яких посягань на своє життя. Дана позиція конфліктує з правом матері на процедуру штучного переривання вагітності, якщо вагітність не перевищує 12 тижнів (ч. 6 ст. 281 ЦК України), а у випадках, визначених законодавством, при вагітності терміном від 12 до 22 тижнів. Тому противники абсолютистського підходу взяли на озброєння цей недолік та наголошують на тому, що закріплення за ембріоном статусу суб'єкта правовідносин спричинить необхідність заборони процедури штучного переривання вагітності на загальнодержавному рівні.

Відповідно до другого підходу ембріон визначається об'єктом права. На сьогодні існують дві відмінні думки вчених-юристів, одні з яких вважають, що ембріон можна віднести до категорії речей, щодо яких може виникати право власності, інші ж зазначають, що ембріон є частиною материнського організму як орган чи клітина останнього.

Щодо речово-правової концепції розуміння ембріону, то її прихильники відносять ембріон до речей, що обмежені в цивільному обороті та вважають, що лише надання ембріону статусу речі зможе захистити права та законні інтереси власників/власника ембріону⁴. Такий підхід до статусу ембріона є неприпустимим, і проаналізоване далі рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) це підтверджує. Позицію про ембріон як об'єкт, що є структурною частиною організму матері, підтримує і Р.А. Майданик, який вказує, що ембріон можна розглядати як своєрідний об'єкт договору⁵.

Існує також позиція про те, що ембріон є матеріальним благом, об'єктом, який дає початок виникненню певних правовідносин, зокрема відносин між матір'ю та закладом охорони здоров'я, що здійснює «ведення» вагітності, а також дає початок і правовідносинам заборонного характеру, зокрема призводить до заборони розірвання шлюбу протягом вагітності дружини та досягнення дитиною одного року після народження (ч. 2 ст. 11 Сімейного кодексу України)⁴.

Згідно зі ст. 177 ЦК України об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. У наведеному переліку серед об'єктів ембріона немає. Але в літературі побутує думка, що ембріон є об'єктом, і через свою особливість належить до речей, що обмежені в цивільному обігу.

Що ж до критерію відчужуваності ембріона, то в літературі зазначається, що він також може переходити від однієї особи до іншої, проте такий перехід може здійснюватись лише у лабораторних умовах, при імплантації ембріона жінці, до якої застосовані допоміжні репродуктивні технології (далі – ДРТ), або ж сурогатній матері⁴.

Цікава позиція, яка тяжіє до речово-правової концепції, висловлена у літературі про надання ембріону людини правового режиму особливого об'єкта права, щодо якого виникають різні права та обов'язки суб'єктів правовідносин з надання послуг ДРТ. При цьому автор цієї статті визначає суб'єктів права на розпорядження ембріоном залежно від того, чи він був зачатий за допомогою донорського репродуктивного матеріалу, чи ні. Зокрема, в разі наявності генетичного зв'язку із ембріоном особи (замовники послуг ДРТ) мають право на розпорядження своїми ембріонами. Натомість, у випадку якщо ембріон був зачатий за допомогою неповного донорства (коли він є генетично споріднений із одним із замовників послуг ДРТ), права на нього повинна мати особа, що є замовником цієї послуги, уклала відповідний договір і оплатила ці послуги. А у випадку, якщо ембріон був зачатий за допомогою повного донорства, права на розпорядження ним повинна мати медична установа, яка може приймати рішення щодо його імплантації чи знищення в разі порушення вимог кріоконсервації⁶.

На нашу думку, така позиція потребує переосмислення. Насамперед щодо неповного донорства, то видається, що однозначне наділення правом розпорядження ембріоном лише до генетично спорідненого із ним замовника послуг ДРТ є не зовсім правильним. Адже у випадку, якщо до клініки звертається подружжя чи пара, один із яких не може з фізіологічних причин зачати дитину, тоді береться донорський біологічний матеріал і проводиться зачаття ембріона. Якщо ця пара за взаємною згодою проходила цю процедуру, то чому той із них, із ким ембріон генетично не пов'язаний має бути автоматично виключений із суб'єктів, що матимуть право визначати подальшу долю цих ембріонів. Ще більш суперечливою є думка про те, що ембріон, який зачатий за допомогою повного донорства, є об'єктом розпорядження медичної установи. Адже таке формулювання наштовхує на думку, що такі ембріони можуть створюватися із донорського матеріалу не для репродуктивної мети, а для інших, в тому числі комерційних цілей, що є неприпустимим. Тому видається, що якщо ембріон, зачатий за допомогою повного донорства «на замовлення» особи/осіб, які потребують застосування ДРТ, то вони і будуть суб'єктами, уповноваженими на визначення його подальшої долі.

Отже, віднесення ембріонів до об'єктів, обмежених в обігу та поширенні на нього статусу речі, на тій підставі, що це зможе захистити права та законні інтереси власників/власника ембріону, є абсолютно неприпустимим, оскільки ці відносини однозначно відносяться до сфери особистих немайнових прав особи, до якої були застосовані допоміжні репродуктивні технології, і така особа аж ніяк не може вважатися власником ембріона, а лише матиме право визначити його долю до імплантації в організм жінки шляхом реалізації своїх репродуктивних особистих немайнових прав. Тому ми цілком погоджуємося із позицією С.С. Шевчука, на думку якого право на ембріон як особисте немайнове право варто визнавати не за донорами генетичного матеріалу, а за жінкою, в організм якої був перенесений ембріон, за цією жінкою повинні бути закріплені права щодо його захисту⁷. Цю думку можна лише доповнити тим, що така складова репродуктивних прав, як зокрема право щодо визначення майбутньої долі ембріонів *in vitro* також належатиме особам, до яких були застосовані допоміжні репродуктивні технології з метою реалізації їх репродуктивних прав, у результаті чого були створені такі ембріони.

Цікавою в контексті даного питання є справа ЄСПЛ Паррілло проти Італії (№ 46470/11) від 27 серпня 2015 р.⁸, суть якої полягала в тому, що позивачка хотіла передати неімплантовані ембріони, які залишилися після застосування щодо неї з чоловіком допоміжних репродуктивних технологій, для їх використання з дослідницькою метою (на момент виявлення нею такої ініціативи її чоловік загинув). Італійські суди відмовили їй у задоволенні позову, оскільки на момент її звернення в Італії набув чинності Закон, що забороняв донацію ембріонів для наукових досліджень. Тому вона звернулася до ЄСПЛ із позовом про порушення цієї законодавчою заборонаю її права на повагу до приватного життя та безперешкодне користування її власністю, що впливають зі ст. 8 та ст. 1 Протоколу № 1 до Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод⁹. У своєму рішенні ЄСПЛ пояснив, що в цьому випадку порушення вищезгаданих прав не було. Зокрема, право на повагу до приватного життя позивачка пов'язувала із наявністю у неї з неімплантованими ембріонами генетичного зв'язку, який дає їй змогу визначити їх подальшу долю, а отже, є одним із аспектів її особистого життя та права на самовизначення. Проте, оскільки у цій справі не йшлося про перспективу материнства (адже чоловік помер, а посмертна фертилізація заборонена), то суд зробив висновок, що право на дослідницьку донацію ембріонів у даному випадку не є важливим аспектом її особистості. Крім того, встановлена національним законодавством заборона дослідницької донації ембріонів має перевагу над її приватним життям. Що стосується потенційного порушення ст. 1 Протоколу № 1 Конвенції, то більшість суддів підтримали позицію, що беручи до уваги економічний та грошовий характер права власності, сфера надання людських ембріонів є несумісною з цими положеннями Конвенції. Тому цей аспект судом навіть не розглядався. Такий висновок суду ще раз підтверджує, що людські ембріони не можна розглядати як об'єкт речового права, а його батьків розглядати як власників. Крім того, суд також наголосив, що позов не може бути задоволений ще й тому, що неможливо встановити дійсну волю чоловіка позивачки (який помер) щодо такого використання неімплантованих ембріонів, що є важливо з огляду на те, що ембріони містять генетичну інформацію обох батьків. Такий висновок є безумовно важливим і означає, що у випадку, якщо національне законодавство дозволяє дослідницьке використання неімплантованих ембріонів, то воно обов'язково повинно встановлювати вимогу щодо отримання письмової поінформованої згоди обох батьків на таке використання, а не лише жінки (потенційної матері).

Аналіз вітчизняного законодавства, що регулює застосування допоміжних репродуктивних технологій, дає змогу зробити висновок, що у цих правовідносинах ембріон постає об'єктом цих правовідносин. Зокрема, у п. 11.1. Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій¹⁰ ембріони визначено як «біологічний матеріал пацієнта/пацієнтів». Право розпоряджатися долею ембріона (стосовно можливих процедур і маніпуляцій щодо запліднення і культивування *in vitro*, ембріотрансферу (у порожнину матки генетичної або сурогатної матері), криоконсервації та зберігання, передання для програм репродуктивних технологій іншим особам, редукції) має жінка (пацієнтка) – донор жіночих репродуктивних клітин.

Така легальна дефініція провокує хибне розуміння суті неімплантованих людських ембріонів *in vitro*, до моменту їх імплантації як речі, що перебуває у власності біологічних батьків. Оскільки у разі запліднення *in vitro* право на народження такого ембріону залежить від згоди батьків – замовників репродуктивної програми, яка може бути відкликана до моменту імплантації. У зв'язку з цим необхідно дослідити, чи можна розглядати ембріон як біологічний матеріал.

Дане питання було об'єктом дослідження німецьких правників, думки яких розділилися. Зокрема, деякі дослідники цього питання вважають, що людські яйцеклітини з моменту їх запліднення не можна відносити до біологічного матеріалу у вузькому розумінні, якщо розглядати їх як нове людське життя¹¹. При цьому в судовій практиці вказується, що все ж допустимим є трактування заплідненої яйцеклітини як біологічного

матеріалу матері чи біологічних батьків, якщо притримуватися позиції, що людське життя виникає не одразу після запліднення, а лише із досягненням ембріоном певного ступеня розвитку (наприклад з 14 дня після злиття жіночої та чоловічої репродуктивних клітин)¹².

Коли йдеться про біологічний матеріал, то це є тканини чи клітини, що відокремлені від тіла особи та містять в собі її генетичну інформацію. А ембріон *in vitro* хоча і є новоствореним та таким, що має свій хоча і споріднений з батьками, проте унікальний генетичний код, все ж його створення було б неможливим без попереднього відокремлення репродуктивних клітин від організму пацієнта/пацієнтів (донорів) та їх злиття, а також беззаперечним є і те, що він містить у собі генетичну інформацію біологічних батьків, а отже, не можна заперечувати, що він, хоча і опосередковано, проте може вважатися біологічним матеріалом його біологічних батьків. А оскільки про відносини власності щодо біологічного матеріалу не йдеться, натомість між донорами та їх біологічним матеріалом існує правовий особистісний зв'язок, то можна констатувати, що такий самий правовий зв'язок існує і у ембріона *in vitro* та його «замовників» (майбутніх батьків). Тому його трактування як біологічного матеріалу в широкому розумінні не означає, що на нього поширюється режим речі.

Не завжди створення ембріону є наслідком застосування біологічного матеріалу осіб, до яких застосовуються допоміжні репродуктивні технології, натомість часто є результатом використання донорського біологічного матеріалу. Оскільки ембріон є результатом реалізації особистих немайнових репродуктивних прав осіб, до яких були застосовані допоміжні репродуктивні технології, він має із ними передусім нерозривний особистий зв'язок, який не завжди ґрунтується на їх генетичній спорідненості.

Висновки і перспективи подальших розвідок. Тому, на нашу думку, необхідно внести зміни до п. 11.1. Порядку застосування ДРТ, виклавши його у такій редакції: «11.1. Гамети пацієнтів (сперматозоїди або яйцеклітини), тканина яєчка або його придатків, тканина яєчника є біологічним матеріалом пацієнта/пацієнтів, а ембріони *in vitro*, створені в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, є результатом реалізації пацієнтом/пацієнтами їх репродуктивних прав і їм належить право визначати можливість їх використання в межах встановлених законодавством».

Із запропонованого формулювання, по-перше, впливатиме, що ембріони *in vitro*, які створені в результаті часткового чи повного використання донорського біологічного матеріалу на вимогу осіб, до яких застосовуються допоміжні репродуктивні технології, матимуть цей особистий зв'язок лише із батьками-замовниками і не виникатиме етичної дилеми, що стосується біологічних батьків (донорів репродуктивних клітин) щодо того, кому належатиме право визначати їх подальшу долю. По-друге, це також означатиме, що ембріони можуть бути створені лише з репродуктивною метою, і установа, яка займається наданням послуг допоміжної репродуктології, не матиме права на власний розсуд створювати чи розпоряджатися ембріонами *in vitro*, без належно оформленої згоди на те батьків-замовників. Та, по-третє, виключить можливість трактування таких ембріонів як об'єктів речового права.

Запропоноване вирішення окресленої у статті проблеми виходить із чинного регулювання, яке, на жаль, обмежується підзаконними актами. Натомість перспективою подальших досліджень у цій сфері є розробка норми, яка б врегулювала питання правового режиму ембріона *in vitro* у відносинах допоміжної репродукції в межах спеціального закону.

¹ Beckmann J.P. Der Schutz von Embryonen in der Forschung im Bezug auf Art.18 Abs.1,2 des Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin. Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates: taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? Hrsg. Jochen Taupitz; Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim. Springer Verlag, 2002. 833 s.

² Голишева Л.Ю. О правовом аспекте происхождения ребенка вследствие искусственных методов репродукции. *Совершенствование методов управления социально-экономическими процессами и их правовое регулирование: тезисы докладов науч.-практ. конференции.* Ставрополь, 2000. С. 105–107.

³ Круглова О.О. Правове положення зачатой, але ще не народженої дитини за законодавством України та країн ЄС. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2018. № 6. С. 106–108.

⁴ Коренга Ю. Визначення правового статусу ембріона. *Історико-правовий часопис.* 2016. № 2(8). С. 99–102. С. 101.

⁵ Майданик Р.А. Репродуктивні права. Сурогатне материнство. Київ: Алерта, 2013. 48 с. С. 20.

⁶ Валід Камаль Абдель Салам Атіа Правове регулювання правового статусу ембріону. *Держава та регіони: Серія Державне управління.* 2019. № 3(67). С. 43–47.

⁷ Шевчук С.С. Деякі проблеми правового регулювання використання штучних методів репродукції. *Юрист.* 2002. № 9. С. 60–63.

⁸ Справа ЄСПЛ Паррілло проти Італії (№ 46470/11) від 27.08.2015 р. URL: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewj9_PK00eXpAhVN_SoKHVgQBmYQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fdocx%2Fpdf%3Flibrary%3DDECHR%26id%3D001-163029%26filename%3DCASE%2520OF%2520PARRILLO%2520v.%2520ITALY%2520-%2520%2520Ukrainian%2520Translation%2520D%2520by%2520the%2520COE%2520Human%2520Rights%2520Trust%2520Fund.pdf%26logEvent%3DFalse&usq=AOvVaw0KxijUPye12OoIYUfPvwo

⁹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколів № 11 та 14 з Протоколами № 1, 4, 6, 7, 12 та 13. *Право України.* 2010. № 10. С. 215–233.

¹⁰ Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 р. № 787. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>

¹¹ Fisahn A., Genetischer Code – Rechtlicher Schutzperspektiven, RDV 2002. S. 15–21. URL: http://www.jura.unibielefeld.de/lehrstuehle/fisahn/veroeffentlichungen/2001/Genetischer_Code_rechtliche_Schutzperspektiven.pdf

¹² Das Bundesverfassungsgericht Entscheidung 1,37. URL: <http://www.servat.uni-be.ch/dfr/bv039001.html>

Резюме

Kaim H.M. Правовий режим неімплантованого ембріона *in vitro* з позицій доктрини, цивільного законодавства та судової практики.

Стаття присвячена проблемі визначення правового режиму неімплантованого ембріону *in vitro*, який у зв'язку із значним розвитком галузі допоміжних репродуктивних технологій все частіше піддається ризику його незаконного використання, ба, навіть, протиправного створення з комерційною чи іншою не пов'язаною із лікуванням безпліддя метою. Автор аналізує різні доктринальні підходи в цивільному праві України та Німеччини крізь призму чинного правового регулювання та практики Європейського суду з прав людини. У результаті проведеного аналізу висловлюється позиція про неприпустимість трактування неімплантованого ембріона як об'єкту речового права. При цьому пропонується визначати його як об'єкт, що має особистий немайновий зв'язок із особами для лікування яких від безпліддя (батьки-замовники) його було створено. І саме цій особі (особам) належатиме право визначати його майбутню долю. У зв'язку із чим запропоновано дану концепцію відобразити у відповідних положеннях чинного Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій.

Ключові слова: правовий режим, ембріон *in vitro*, біологічний матеріал, батьки-замовники, допоміжні репродуктивні технології, використання.

Резюме

Kaim H.M. Правовой режим неимплантированного эмбриона *in vitro* с позиций доктрины, гражданского законодательства и судебной практики.

Статья посвящена проблеме определения правового режима неимплантированного эмбриона *in vitro*, который в связи со значительным развитием отрасли вспомогательных репродуктивных технологий все чаще подвергается риску его незаконного использования, даже противоправного создания с коммерческой или иной не связанной с лечением бесплодия целью. Автор анализирует различные доктринальные подходы в гражданском праве Украины и Германии через призму действующего правового регулирования и практики Европейского суда по правам человека. В результате проведенного анализа излагается позиция о недопустимости трактовки неимплантированного эмбриона как объекта вещного права. При этом предлагается определять его как объект, имеющий личную неимущественную связь с лицами, для лечения которых от бесплодия (родители-заказчики) он был создан. И именно этому лицу (лицам) будет принадлежать право определять его будущую судьбу. В связи с чем предложено данную концепцию отразить в соответствующих положениях действующего Порядка применения вспомогательных репродуктивных технологий.

Ключевые слова: правовой режим, эмбрион *in vitro*, биологический материал, родители-заказчики, вспомогательные репродуктивные технологии, использование.

Summary

Nataliia Kvit. Legal regime of unimplanted embryos *in vitro* from the positions of doctrine, civil law and judicial practice.

The article deals with the problem of determining the legal regime of unimplanted embryo *in vitro*, which due to the significant development of the field of assisted reproductive technologies, is increasingly at risk of its illegal use, or even illegal creation for commercial or other non-infertility treatment. The author analyzes different doctrinal approaches in the civil law of Ukraine and Germany, through the prism of the current legal regulation and practice of the European Court of Human Rights. The paper supports the position on the right to the embryo as a personal immaterial right and expands it in the sense that such a component of reproductive rights as the right to determine the future fate of embryos *in vitro* will also belong to persons to whom assisted reproductive technologies have been applied and as a result these embryos were created. Resulting from this analysis, the position on the inadmissibility of the interpretation of the unimplanted embryo as an object of property law is expressed. To support this point of view, the author cites the judgment of the European Court of Human Rights in Parrillo v. Italy, in which the court emphasized the inadmissibility of the assessment of embryos as an object of property rights. In particular, the paper proposes to define the regime of unimplanted embryo *in vitro* as an object that has a personal immaterial connection to persons for whose treatment of infertility (parents-customers) it was created. And it is these individuals who will have the right to determine its future. In this regard, it is proposed to reflect this concept in the current regulation in particular Procedure for the use of assisted reproductive technologies. From the proposed wording, first, it will follow that *in vitro* embryos created as a result of the partial or full use of donor biological material at the request of persons to whom assisted reproductive technologies are applied will have this personal connection only with the future parents and there will not be an ethical dilemma regarding who will have the right to determine their future fate (biological parents (reproductive cell donors) or future parents). Secondly, it will also mean that embryos can only be created for reproductive purposes, and an institution providing reproductive services will not have the right to create or dispose of embryos *in vitro* at its own discretion without the proper consent of its future parent. And, thirdly, it will exclude the possibility of interpreting such embryos as objects of property rights.

Key words: legal regime, *in vitro* embryo, biological material, parents-customers, assisted reproductive technologies, use.

А.В. НОВАК

*Анна Валеріївна Новак, кандидат історичних наук, доцент Східноєвропейського університету управління і менеджменту**

ORCID: 0000-0003-2499-4153

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ АЛІМЕНТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЩОДО ДИТИНИ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Кожна людина наділена невід'ємними правами і має певні обов'язки, які чітко регламентовані на законодавчому рівні. Обов'язки особи визначаються не лише правилами соціального співжиття та загальноприйнятими моральними нормами і є загальними для всіх, а й визначаються індивідуально, залежно від того, яке особа займає соціальне становище, який має рід занять, професійну приналежність тощо (власне, так само, як і права).

Сім'я – це одна із соціальних цінностей, це сфера, яка потребує захисту як з боку її членів, так і з боку держави. Особа, яка має сім'ю, окрім іншого, має обов'язки, що визначаються її проживанням у сім'ї. Ці обов'язки чітко визначаються у сімейному законодавстві (Сімейному кодексі), норми якого регулюють окремі аспекти сімейних відносин. Зокрема, сімейним законодавством (ст. 180 СК України) встановлюється обов'язок батьків утримувати своїх неповнолітніх (а в окремих визначених законом випадках – і повнолітніх) дітей, забезпечуючи їм належне матеріальне становище.

Але не завжди сімейне законодавство має достатньо важелів впливу для того, щоб забезпечити виконання батьками вказаного обов'язку, а тому не може гарантувати, що права дитини щодо отримання належного матеріального забезпечення не будуть порушені. Це стосується як випадків, коли батьки не виконують обов'язок по утриманню дітей, проживаючи родиною, так і випадків, коли той із батьків, який не проживає з дитиною, не сплачує присуджені йому кошти на утримання дитини іншим із батьків.

Дана проблема є дійсно актуальною, оскільки велика кількість платників аліментів ухиляється від сплати коштів на утримання дитини. Як свідчать статистичні дані Єдиного реєстру боржників, на даний момент кількість офіційно зареєстрованих боржників зі сплати аліментів становить 169974 людини¹. При цьому потрібно пам'ятати, що не всі особи звертаються у державні органи з приводу того, що особа, яка повинна сплачувати аліменти на утримання дитини, ухиляється від цього обов'язку.

Не зважаючи на те, що сімейне законодавство містить окремі норми, які чітко регламентують зобов'язання щодо утримання дітей, ця галузь самостійно не здатна забезпечити їх виконання. Тому для виконання цієї функції у інших галузях чинного законодавства України є норми, які визначають примусові заходи державного впливу, спрямовані на забезпечення дотримання права дитини на належне матеріальне забезпечення. Йдеться наразі про цивільне та кримінальне законодавство.

Але виникає питання: чи дійсно норми, які включені в чинне законодавство України різних галузей права, повною мірою забезпечують виконання обов'язку щодо утримання дитини, чи є ці норми дієвими і ефективними? Ці питання залишаються відкритими і вимагають детального вивчення з метою підвищення ефективності забезпечення виконання вказаних зобов'язань.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані із виконанням обов'язків щодо утримання дитини (аліментні зобов'язання), були предметом дослідження не одного вченого. Так, зокрема, дані питання стали предметом досліджень таких вчених, як М.В. Антокольська, Л.В. Афанасьєва, Г.П. Гришина, А.А. Епрікан, Л.В. Красіцька, І.А. Лакей, Т.М. Малярчук, М.Г. Масевич, З.В. Ромовська, Л.В. Сапейко, І.В. Труба, І.В. Чеховська та інші. Хоча на сучасному етапі даній проблемі присвячено, на наш погляд, недостатньо уваги.

Формулювання мети статті. З огляду на вказане вище метою даного дослідження є визначення особливостей законодавчого забезпечення виконання обов'язку щодо утримання дітей і встановлення повноти та рівня конкретизації такого забезпечення в Україні.

Виклад основного матеріалу. Насамперед потрібно визначитися із тим, що передбачають «зобов'язання по утриманню дитини», які саме обов'язки мають на увазі під цим терміном.

Утримання може бути як добровільним, так і примусовим (за рішенням суду від імені держави). Але у сімейному законодавстві та теорії права немає чіткого розмежування між цими двома видами утримання. Що стосується термінології, яка використовується у СК України, то, виходячи із змісту ст. 75 та ст. 181, поняття «утримання» та «аліменти» ототожнюються. Хоча насправді це не зовсім так.

Утримання – це обов'язок одних членів сім'ї доглядати, забезпечувати інших членів сім'ї засобами для існування, який виконується як добровільно, так і примусово в разі виникнення права на утримання в когось із учасників сімейних правовідносин, який не здатен утримувати себе самостійно². Тобто утримання – це

обов'язок забезпечити засобами для існування одними учасниками сімейних правовідносин учасників, які не можуть робити це самостійно.

У сімейному законодавстві використовується також поняття «аліменти». Виходячи із теорії права, аліменти – це певна сума, яку має виплачувати той член подружжя іншому (дитині той із батьків), який проживає окремо, що призначається судом³. У законодавстві цей термін використовується саме у тих випадках, коли йдеться про примусове стягнення коштів на утримання іншого члена сім'ї, а не просто про встановлений обов'язок з утримання.

Тобто ототожнення понять «утримання» та «аліменти» є недоцільним. Отже, поняття «аліменти» та «утримання» перебувають у відносинах підпорядкування, оскільки «утримання» є більш широким поняттям, а поняття «аліменти» входять у поняття «утримання», але не вичерпує його⁴. У даному дослідженні ми будемо використовувати поняття «аліменти», оскільки досліджуватиметься саме забезпечення на законодавчому рівні виконання обов'язку щодо утримання дитини тим із батьків, хто проживає окремо, тобто саме про примусове виконання таких зобов'язань, оскільки за умов добровільного виконання цих зобов'язань потреба у законодавчому забезпеченні цього процесу не виникає.

Обов'язок щодо утримання стосується таких членів сім'ї, як: утримання одним із подружжя іншого (враховуючи випадки, коли чоловік та жінка не перебували у законному шлюбі) за умови наявності обставин, визначених нормами Глави 9 СК України, у тому числі на підставі положень шлюбного договору; утримання повнолітніми дітьми (дочкою, сином) своїх непрацездатних батьків (Глава 17 СК України); утримання батьками (батьком, матір'ю) дитини як неповнолітніх (Глава 15 СК України), так і повнолітніх (Глава 16 СК України); утримання опікуном чи піклувальником дітей (ст. 246 СК України); прийомними батьками прийомних дітей (Глава 20¹); утримання дідом, бабою своїх неповнолітніх онуків (ст. 265 СК України) та онуками своїх непрацездатних діда, бабу (ст. 266 СК України); утримання неповнолітніх братів, сестер (ст. 267 СК України) тощо. У даному дослідженні ми приділимо увагу проблемі законодавчого забезпечення виконання аліментних зобов'язань одним із батьків, що не проживає окремо, щодо утримання своєї дитини (дітей).

Згідно зі ст. 180 СК України, батьки зобов'язані утримувати дитину до досягнення нею повноліття. Стаття 181 СК України містить вказівку, що той із батьків, хто не проживає з дитиною, може брати участь у її вихованні та утриманні, за домовленістю із тим з батьків, з ким проживає дитина (ч. 2 ст. 181 СК України), а також за рішенням суду, який визначає частку доходу платника аліментів, які можуть бути стягнені на утримання дитини. Також норми СК України (Глава 15) визначають порядок стягнення залежно від обставин, час, з якого починається стягнення аліментів, і коли закінчується, розмір аліментів у твердій грошовій сумі, порядок розрахунку заборгованості за аліментами та порядок і строки її стягнення як щодо неповнолітньої дитини, так і щодо повнолітньої у встановлених законом випадках (Глава 16).

Але норми сімейного законодавства не можуть самостійно забезпечити виконання зобов'язань щодо сплати аліментів на утримання дитини, оскільки не передбачають жодних примусових заходів, що можуть бути застосовані до боржника за аліментними зобов'язаннями щодо дитини. Адже далеко не всі, хто зобов'язаний сплачувати аліменти на утримання дитини, робить це вчасно і у повному обсязі (про що свідчать норми СК України щодо порядку розрахунку заборгованості та пені щодо аліментних зобов'язань). Деякі з таких осіб умисно переховуються і ухиляються усіма можливими способами від виконання вказаного обов'язку щодо дитини. Натомість цивільне законодавство містить низку норм з певними положеннями щодо регулювання аліментних зобов'язань. Так, зокрема, ЦК України визначає порядок, при якому заборгованість за аліментами списується з рахунку платника (боржника) у першу чергу. Але більше ніяких норм, які б визначали порядок і забезпечення вчасної сплати аліментів на утримання дитини, цивільне законодавство України не містить.

Конкретизовану процедуру стягнення аліментів, заборгованості за аліментами на утримання дитини визначають норми Закону України «Про виконавче провадження»⁵. У даному нормативно-правовому акті чітко розписана процедура стягнення аліментів із боржника, накладення штрафу, порядку накладання арешту на майно і кошти боржника, строки, розподіл стягнених із боржника сум, обмеження, які можуть бути накладені на боржника, і у яких випадках. Відповідно до ч. 9 ст. 71 «Порядок стягнення аліментів» вказаного Закону до боржника застосовують низку обмежень (заборона виїзду за межі України, права на управління транспортним засобом, права на володіння зброєю та на полювання), які знімаються лише тоді, коли заборгованість буде погашена у повному обсязі.

Але найбільш суворі засоби примусу у випадку, якщо особа злісно не виконує покладені на неї зобов'язання щодо утримання дитини і регулярно ухиляється від цього, передбачені у інших нормативно-правових актах. Йдеться насамперед про кримінальне законодавство, тобто про кримінально-правові заходи впливу на особу, яка є злісним неплательником аліментів. Небезпідставно вважається, що притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення протиправного діяння є найбільш суворим засобом впливу на порушника з боку держави, який, окрім всього, тягне негативні наслідки не лише у виді обмеження майнових чи особистих прав і свобод, а й у виді судимості, яку має особа вже після відбування нею покарання. Так, зокрема, щодо осіб, які ухиляються від сплати аліментів на утримання дитини, передбачена відповідальність за ст. 164 КК України, в якій зазначено, що кримінально караним є злісне ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліментів), а також злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, що перебувають на їх утриманні (ч. 1), а кваліфікуючим є вчинення вказаних діянь особою, раніше судимою за кримінальне правопорушення, передбачене цією статтею (ч. 2). У Примітці до цієї норми вказано, що під злісним ухиленням від сплати коштів на утримання дітей (алімен-

тів) слід розуміти будь-які діяння боржника, спрямовані на невиконання рішення суду (приховування доходів, зміну місця проживання чи місця роботи без повідомлення державного виконавця, приватного виконавця тощо), які призвели до виникнення заборгованості із сплати таких коштів у розмірі, що сукупно становлять суму виплат за три місяці відповідних платежів. Ми вважаємо, що таких санкцій за ухилення від сплати аліментів цілком достатньо за умови, що зобов'язання щодо сплати аліментів на утримання дитини і порядок їх виконання чітко прописані у інших, більш спеціалізованих галузях права.

Отже, аналіз чинного законодавства щодо забезпечення виконання аліментних зобов'язань утримання дитини дає змогу стверджувати, що воно є достатньо конкретизованим та визначає максимально повно примусові заходи, які можуть застосовуватися до боржника. Хоча ми вважаємо, що потрібно дещо конкретизувати у чинному законодавстві. Зокрема, доцільно доповнити ст. 196 «Відповідальність за прострочення сплати аліментів, оплати додаткових витрат на дитину» СК України, додавши ч. 5, у якій вказати: «Якщо сума заборгованості перевищує сукупно суму виплат за три місяці, до платника аліментів застосовуються обмеження, передбачені частиною дев'ятою ст. 71 Закону «Про виконавче провадження» та ч. 6, в якій вказати: «За злісне ухилення від сплати аліментів платник аліментів несе відповідальність, передбачену ст. 164 Кримінального кодексу України». Така вказівка позбавить платників аліментів ілюзії безкарності за ухилення від сплати аліментів на утримання дитини.

Висновки. Таким чином, проведене дослідження дає змогу зробити висновок про те, що поняття «утримання» та «аліменти» не тотожні, а співвідносяться як частина і ціле, оскільки «утримання» є більш широким поняттям, а поняття «аліменти» входять у поняття «утримання», але не вичерпує його. Тому у тих випадках, коли йдеться про законодавче забезпечення своєчасного і повного стягнення з платника (боржника) коштів на утримання дитини у примусовому порядку, говорять саме про аліментні зобов'язання, і це чітко враховано законодавцем.

Чинне законодавство по забезпеченню виконання аліментних зобов'язань щодо утримання дітей є достатньо конкретизованим та визначає максимально повно примусові заходи, які можуть застосовуватися до боржника, хоча і воно не є досконалим. З метою удосконалення вітчизняного законодавства, а також для того, щоб позбавити платників аліментів ілюзії безкарності за ухилення від сплати аліментів на утримання дитини, пропонуємо внести деякі уточнення у ст. 196 «Відповідальність за прострочення сплати аліментів, оплати додаткових витрат на дитину» Сімейного кодексу України, додавши ч. 5 та ч. 6, в яких вказати наслідки несплати аліментів вчасно та у повному обсязі.

Дане дослідження не вичерпує проблему законодавчого забезпечення виконання зобов'язань з виплати аліментів на утримання дитини в Україні і створює підґрунтя для подальших досліджень у даній сфері та вироблення рекомендацій, які підвищать ефективність чинного законодавства у цій сфері.

¹ Єдиний реєстр боржників / Заборгованість по аліментах. URL: <https://erb.minjust.gov.ua/#/search-debtors>

² Труба В.І. Аліментні правовідносини: види та правова природа. *Вісник ОНУ ім. І.І. Мечнікова*. 2014. Т. 19. Вип. 3 (24). С. 45 (Серія «Правознавство»).

³ Сімейне право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посіб.: у 2 кн. Л.Ю. Драгневич, О.С. Пульнева, Є.І. Фурса, С.Я. Фурса та ін.; за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С.Я., 2005. Кн. 1. С. 560.

⁴ Лакей І.А., Чеховська І.В. Аліментне зобов'язання на утримання дитини як вид сімейного правовідношення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 4. С. 89.

⁵ Про виконавче провадження: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2016. № 30. Ст. 542. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#n387>

Резюме

Новак А.В. Законодавче забезпечення виконання аліментних зобов'язань щодо дитини в Україні.

Статтю присвячено питанню законодавчого забезпечення виконання аліментних зобов'язань по утриманню дитини в Україні. Аналіз чинного законодавства України показав, що воно є достатньо конкретизованим та визначає максимально повно примусові заходи, які можуть застосовуватися до боржника, хоча воно і не позбавлене недоліків. У зв'язку з цим нами запропоновано внести зміни у Сімейний кодекс України. Встановлено, що тих випадках, коли йдеться про законодавче забезпечення своєчасного і повного стягнення з платника (боржника) коштів на утримання дитини у примусовому порядку, говорять саме про аліментні зобов'язання, і це чітко враховано законодавцем.

Ключові слова: аліментні зобов'язання, зобов'язання утримання, платник аліментів, боржник, сімейне законодавство.

Резюме

Новак А.В. Законодательное обеспечение исполнения алиментных обязательств по содержанию ребенка в Украине.

Статья посвящена вопросу законодательного обеспечения исполнения алиментных обязательств по содержанию ребенка в Украине. Анализ действующего законодательства Украины показал, что оно является достаточно конкретизированным и определяет максимально полно меры принуждения, которые могут применяться к должнику, хотя оно и не лишено недостатков. В связи с этим мы предложили внести изменения в Семейный кодекс Украины. Установлено, что в тех случаях, когда речь идет о законодательном обеспечении своевременного и полного стягивания с плательщика (должника) средств на содержание ребенка в принудительном порядке, речь идет именно об алиментных обязанностях, и это четко учтено законодателем.

Ключевые слова: алиментные обязательства, обязанности содержания, плательщик алиментов, должник, семейное законодательство.

Summary

Anna Novak. Legislative support for the maintenance of alimentary obligations for child in Ukraine.

Family law establishes the obligation of parents to maintain their minor (and in some cases specified by law – adult) children, providing them with a proper financial situation. However, family law does not always have sufficient leverage to ensure that parents fulfill this obligation, and therefore cannot guarantee that the child's rights to adequate material support will not be violated. This problem is really relevant because a large number of alimony payers evade paying child support.

The purpose of this study is to determine the features of the legislative provision of the obligation to maintain children and to establish the completeness and level of specification of such provision in Ukraine.

According to the family law of Ukraine, parents are obliged to support the child until he or she reaches the age of majority. But not everyone who is required to pay child support does so on time and in full. Some of these individuals are deliberately hiding and evading the child in any way possible.

The concepts of “maintenance” and “alimony” are not identical, but are correlated as part and whole, because “maintenance” is a broader concept, and the concept of “alimony” is included in the concept of “maintenance”, but does not exhaust it. Therefore, in cases where it is a question of legislative provision of timely and full recovery from the payer (debtor) of funds for the maintenance of a child under duress, it is a question of alimony obligations, and this is clearly taken into account by the legislator.

The current legislation to ensure the maintenance of child support obligations is quite specific and defines as fully as possible the coercive measures that can be applied to the debtor, although it is not perfect. In order to improve domestic legislation, as well as to deprive alimony payers of the illusion of impunity for evading child support, we propose to make some clarifications to family law.

This study does not address the problem of legislative enforcement of child support obligations in Ukraine and provides a basis for further research in this area and the development of new recommendations that will increase the effectiveness of existing legislation in this area.

Key words: alimentary obligations, maintenance obligations, alimony payer, debtor, family law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.44

УДК 34.01

Н.А. ОПАНАСЮК, І.Л. МЕЛЬНИК

*Наталія Анатоліївна Опанасюк, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету фізичного виховання і спорту України**

ORCID: 0000-0001-7418-8622

*Ірина Леонідівна Мельник, кандидат економічних наук, доцент Національного університету харчових технологій***

ORCID: 0000-0002-0729-2056

НОРМИ ТУРИСТИЧНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА СТРУКТУРА

Постановка проблеми. Сучасні політико-правові й суспільно-економічні процеси та глобальні виклики призводять до істотних змін у законотворенні й актуалізують проблеми формування, розвитку, організації та функціонування комплексних галузей права в правовій системі України. Це об'єктивно детермінує суттєві зміни у системі права, появи в ній нових галузей, інтегративних правових утворень, у тому числі й міжгалузевих характеру. Серед них важливу роль відведено сукупності правових норм, які регулюють суспільні відносини в сфері туризму. Акумуляуючи різні види діяльності щодо створення, розподілу, обміну та споживання туристичного продукту, а також відповідні ресурси, ринки, суспільні інститути, розширюється коло об'єктів правового регулювання та, як наслідок, формується відносно самостійна нова галузь права – туристична. У цьому контексті логічним вважається дослідження його первинної категорії – норми туристичного права. Відтак, важливим науковим завданням є визначення поняття, ознак і структури норм туристичного права, а також здійснення класифікації туристичних норм за різними ознаками.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У вітчизняній науці до проблематики галузеутворення, системи права та розвитку й становлення комплексних галузей права зверталися такі вчені, як С.С. Алексєєв, А.Г. Бобкова, А.П. Гетьман, Л.М. Добробог, А.А. Заєць, М.І. Козюбра, В.В. Костицький, В.В. Копейчиков, Т.Є. Маруховська, Ю.М. Оборотов, А.Ю. Олійник, Н.М. Оніщенко, В.Ф. Опришко, В.Ф. Погорілко, П.М. Рабінович, В.М. Селіванов, В.О. Сєрьогін, О.Ф. Скакун, Я.М. Шевченко, Ю.С. Шемшученко, Т.П. Чубко, О.І. Ющик та інші.

Дослідженням питань системи права та галузей права займалися також і зарубіжні науковці, а саме: А. Кауфман, А. Клаус, М. Кріле, Р. Леже, М. Лесаж, Ф. Матронарді, У. Твайнінг, А. Уілсон, Н. Філіпсен, М. Фуаре та інші.

© Н.А. Опанасюк, І.Л. Мельник, 2020

* *Nataliia Opansiuk, Ph.D. in Law, Associate Professor of the National University of Ukraine on Physical Education and Sport*

** *Iryna Melnyk, Ph.D. in Economic, Associate Professor of the National University of Food Technologies*

Водночас, не применшуючи значення цих та багатьох інших досліджень, зазначимо, що розуміння туристичного права як юридико-доктринальної категорії не позбавлене певної складності та дискусійності. Поняття туристичного права в юридичній літературі не було предметом ґрунтовного наукового дослідження, а про ймовірність його формування лише побіжно згадується в деяких працях вітчизняних науковців.

Тим більше відсутнє розуміння єдності підходів у виокремленні туристичного права в самостійну галузь. А відтак, не досліджувалася така основна його категорія, як норма туристичного права.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити проблеми становлення туристичного права України крізь призму первинної його категорії – норм туристичного права. Запропонувати визначити поняття, ознаки та структуру норм туристичного права, а також здійснити їх класифікацію за різними ознаками.

Виклад основного матеріалу. Обґрунтовуючи, що туристичне право є цілісною правовою системою, не можемо не дослідити таку первинну категорію даної системи, як норма туристичного права. Адже вона є передумовою існування туристичного права, її слід розглядати насамперед як первинний фактор усієї туристичної правової системи.

Згідно з усталеними положеннями теорії права норма права (у т. ч. й туристичного) – це загальнообов'язкове формально визначене правило поведінки, яке встановлюється та охороняється компетентними органами держави, у тому числі якщо такі правила зазначені в договорах, зокрема, у сфері туризму.

Норми туристичного права, як і норми інших галузей права, виконують функції регулятора відповідних суспільних відносин. Вони або вимагають від особи чи організації визначеної поведінки (тобто виконання тих чи інших дій, а іноді й утримання від них), або дозволяють їм здійснення дій на свій власний розсуд.

Так, наприклад, існує правова норма, в силу якої з метою забезпечення прав і законних інтересів громадян – споживачів туристичних послуг – туроператор і турагент зобов'язані здійснити фінансове забезпечення своєї цивільної відповідальності (гарантією банку або іншої кредитної установи) перед туристами. Тобто ця норма пропонує туристичним підприємствам (туроператорам і турагентам) визначену активну поведінку.

І, навпаки, якщо вказано, що туристи зобов'язані не порушувати права та законні інтереси інших осіб, вимоги законів, які діють на території країни перебування, поважати політичний і соціальний устрій, традиції, звичаї, релігійні вірування країни (місця) перебування, то це означає, що туристи повинні утриматись від подібних дій, а діяти лише в межах, дозволених законодавством країни перебування.

Правова норма, згідно з якою туристи вправі самостійно укладати договори на обов'язкове страхування (медичне та від нещасного випадку), надає їм можливість діяти за власним розсудом. Водночас у цьому випадку туристи зобов'язані завчасно підтвердити туроператору чи турагенту наявність належним чином укладеного договору страхування (наявність відповідного страхового полісу). За таких умов дана норма також поєднує і визначену активну поведінку туриста.

Отже, *норма туристичного права* – це правило поведінки, що набуває якостей нормативності й загальнообов'язковості в чітко встановленому порядку. Проте такою норма туристичного права стає лише тоді, коли вона видається уповноваженим на те органом у межах його компетенції та відповідно до визначеної процедури. Обов'язковою ознакою норми туристичного права є те, що вона являє собою правило, здійснення якого забезпечується державою. Тобто реалізація норм туристичного права забезпечується, з одного боку, створенням державою реальних умов і засобів, що сприяють безперешкодному добровільному здійсненню відповідними суб'єктами сформульованих у правовій нормі зразків поведінки, а з іншого – засобами заохочення, переконання й примусу до бажаної поведінки, а також можливого застосування санкцій у разі невиконання вимог туристичної правової норми.

З огляду на зазначене можна вказати наступні ознаки норм туристичного права:

- 1) вони є формально визначеним правилом поведінки;
- 2) вони являють собою правило поведінки, що має загальнообов'язковий характер, оскільки встановлюється або санкціонується державою;
- 3) вони набувають властивостей нормативності та загальнообов'язковості згідно з суворо встановленим порядком;
- 4) забезпечуються державою – відповідними державними гарантіями його реалізації.

Не менш важливим фактором у визначенні туристичної правової норми є те, що їй (туристично-правовій нормі), як і іншим правовим нормам, притаманна певна структура, під якою розуміється внутрішня побудова норми, визначений порядок взаємозв'язків, взаємообумовленості складових частин та елементів норми.

У правовій науці найпоширенішою є ідея про триелементну побудову правової норми, відповідно до чого вона логічно складається з диспозиції, гіпотези та санкції. Така структура найбільш повно відповідає й нормі туристичного права з точки зору її логічної побудови¹.

Гіпотеза – це частина туристичної правової норми, в якій міститься вказівка на ті умови, за яких настає чинність правил, що встановлені в диспозиції.

Диспозиція – це частина туристичної правової норми, в якій у вигляді владного примусу визначається те, як повинні (чи можуть) вести себе суб'єкти – учасники туристичних суспільних відносин.

Санкція – це частина туристичної правової норми, яка містить вказівку на ті правові наслідки, що настають через порушення правила, зафіксованого в диспозиції, чи умови, зазначеної в гіпотезі.

Щодо структури туристичної правової норми, можемо навести наступний приклад: відповідно до Законів України «Про туризм» (ст. 17) і «Про ліцензування видів господарської діяльності» (ст. 7) туристична діяльність (туроператорська) в нашій державі ліцензується. Здійснення туристичної діяльності без отримання відповідного дозволу (ліцензії) або недодержання ліцензійних умов з надання туристичних послуг є порушенням законодавства в галузі туризму (ст. 30 Закону України «Про туризм»)².

Отже, надання туристичних послуг без наявності ліцензії є суттєвим правопорушенням і тягне за собою адміністративну відповідальність. Міра адміністративної відповідальності визначається залежно від того, вперше суб'єкт господарювання вчинив таке правопорушення чи ні протягом визначеного законом періоду.

Так, у разі провадження туристичної діяльності без одержання ліцензії на провадження туроператорської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону, чи здійснення туроператорської діяльності з порушенням умов ліцензування, проти правопорушника може бути застосована адміністративна відповідальність, передбачена санкцією частини першої ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення у вигляді штрафу, обсягом від двадцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією знарядь виробництва чи без такої³.

За повторне вчинення дій особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за таке саме правопорушення, або пов'язані з отриманням доходу у великих розмірах, передбачена адміністративна відповідальність вже у вигляді більшого штрафу – від ста до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян із конфіскацією виготовленої продукції, знарядь виробництва, сировини і грошей, одержаних внаслідок вчинення цього адміністративного правопорушення (частина друга ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення).

Причому слід зазначити, що до прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI (із змінами та доповненнями), за отримання доходу від туристичної діяльності в розмірі 17 тисяч гривень і вище без наявності ліцензії, проти правопорушника могла бути застосована кримінальна відповідальність, що передбачалася санкцією частини першої ст. 202 Кримінального кодексу України у вигляді виправних робіт на строк до двох років або обмеження волі на той самий строк. З прийняттям зазначеного вище Закону ст. 202 Кримінального кодексу України втратила чинність, а відповідальність було гуманізовано⁴.

Отже, за наведеним прикладом гіпотезою є вказівка на ті обставини, за якими з'являється обов'язок суб'єкта туристичної діяльності отримати певний дозвіл – ліцензію – на право провадження відповідного виду діяльності. Диспозицією в цьому випадку є вказівка на відповідне зобов'язання суб'єкта туристичної діяльності. А санкцією – встановлені правовою нормою види відповідальності, що застосовуються до суб'єкта туристичної діяльності у разі порушення вимог законодавства (здійснення діяльності без наявності відповідного дозволу та відповідно розмір отриманого доходу для визначення виду юридичної відповідальності).

Зміст зазначених структурних елементів може бути цілком визначений, частково визначений або відносно визначений.

Водночас туристичному праву притаманна також класифікація правових норм, яку можна диференціювати за наступними напрямками:

1) за суб'єктом правотворчості – норми органів законодавчої влади, норми глави держави, норми органів виконавчої влади, норми органів судової влади, юридичні норми, встановлені за згодою держави громадянськими об'єднаннями, територіальною громадою;

2) за способом установаження диспозиції норми – імперативні (диспозиція формулюється органом держави) та диспозитивні (державна дає можливість суб'єктам домовитись щодо правила взаємної поведінки, яке вона буде забезпечувати, але передбачає ще й «резервне» правило поведінки, якщо суб'єкти не скористаються зазначеним дозволом);

3) за функціональною спрямованістю – регулятивні й охоронні;

4) за функціями у правовому регулюванні – матеріальні та процесуальні;

5) за формою (характером) припису – зобов'язуючі, забороняючі, дозволяючі, заохочувальні, рекомендаційні;

6) за метою дії – за простором, часом, суб'єктами.

Регулятивні норми – це певна сукупність норм, які встановлюють юридичні права та обов'язки суб'єктів туристичних відносин, розрахованих на правомірну поведінку і, як правило, не містять у собі санкцій. Так, Законом України «Про туризм» (ст. 17) закріплюється, що туристична діяльність (туроператорська) ліцензується.

Охоронні норми – це певна сукупність норм, які передбачають державний припис за вчинення правопорушення і містять відповідні санкції. Наприклад, ст. 33 Закону України «Про туризм» встановлює, що суб'єкт туристичної діяльності, який порушив законодавство в галузі туристичної діяльності при наданні туристичної послуги, що завдало шкоду, зобов'язаний відшкодувати туристу збитки у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі.

Матеріальні норми – це певна сукупність норм, за допомогою яких здійснюється вплив на суспільні відносини шляхом прямого і безпосереднього закріплення порядку утворення та діяльності туристичних підприємств, встановлення правового статусу, прав та обов'язків суб'єктів туристичних правовідносин. Наприклад, ст. 37 Закону про туризм встановлює:

а) іноземні юридичні та фізичні особи можуть здійснювати туроператорську й турагентську діяльність шляхом утворення підприємств за законодавством України та отримання в установленому порядку ліцензії на здійснення туроператорської діяльності;

б) посередницька діяльність на території України з укладення договорів на туристичне обслуговування з іноземними суб'єктами туристичної діяльності не допускається. Така діяльність може здійснюватися лише через туроператорів, створених за законодавством України.

Процесуальні норми – це певна сукупність норм, які встановлюють процедуру здійснення прав і обов'язків учасників туристичних відносин. Так, Положенням про порядок видачі дозволів на право здійс-

нення туристичного супроводу фахівцям туристичного супроводу, затвердженим наказом Держтурадміністрації України від 24 вересня 2004 р. № 83 та зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 20 жовтня 2004 р. за № 1344/9943, встановлюється єдиний на території України порядок здійснення туристичного супроводу⁵.

Крім того, як вже з'ясовано, залежно від характеру припису або способу впливу на адресата туристичні норми класифікуються також на:

1) *зобов'язуючі*, які містять юридично владний припис щодо обов'язкового вчинення відповідних дій, передбачених тією чи іншою нормою. Зокрема, туроператор і турагент зобов'язані здійснити фінансове забезпечення своєї цивільної відповідальності (гарантією банку або іншої кредитної установи) перед туристами (ст. 15 Закону України «Про туризм»).

Така відповідальність забезпечується туроператором (турагентом) для покриття збитків, що можуть бути заподіяні туристу в разі виникнення обставин його неплатоспроможності чи внаслідок порушення процесу про визнання його банкрутом, які пов'язані з необхідністю покриття витрат туриста з його повернення в місце проживання (перебування), відшкодування вартості ненаданих послуг, передбачених договором;

2) *забороняючі*, які містять юридично владні приписи щодо вчинення тих чи інших дій, передбачених відповідною нормою. Так, забороняється туроператорам провадити туроператорську діяльність без отримання ними в установленому порядку відповідного дозволу на право здійснення такої діяльності, а також виконувати в своїй назві слово «туроператор» (ст. 17 Закону України «Про туризм»); Ліцензійні умови провадження туроператорської діяльності, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 11 листопада 2015 р. № 991⁶);

3) *дозволяючі*, що надають право діяти на власний розсуд у межах юридичного владного припису. Наприклад, за бажанням туриста з ним може бути укладено угоду про страхування для покриття витрат, пов'язаних з анулюванням договору на туристичне обслуговування з ініціативи туриста, або угоду про страхування випадку або хвороби (ст. 16 Закону України «Про туризм»);

4) *заохочувальні*, які стимулюють відповідні дії суб'єктів туристичних відносин. Так, суб'єкт підприємницької діяльності, який отримав ліцензію на туроператорську діяльність, має виключне право на надання послуг з оформлення документів для виїзду за межі України. Туроператор може здійснювати також і турагентську діяльність (ст. 17 Закону України «Про туризм»);

5) *рекомендаційні*, які містять поради щодо доцільності окремих дій при певних умовах туристичних відносин. Зокрема, з метою реалізації та захисту своїх прав і законних інтересів у галузі туризму суб'єкти туристичної діяльності можуть створювати неприбуткові організації у сфері туристичної діяльності в порядку, визначеному Цивільним кодексом України або Законом України «Про громадські об'єднання» чи іншими законами (ст. 28 Закону України «Про туризм»).

За метою дії туристичні норми класифікуються також за:

– простором – на загальнодержавні та місцеві;

– часом – на безстрокові, строкові та разові;

– суб'єктами – регулюють діяльність у сфері туристичних відносин фізичних осіб, юридичних осіб, неприбуткових організацій у сфері туризму.

Водночас запропонована класифікація норм туристичного права не є вичерпною. Залежно від наукових підходів можна запропонувати й іншу класифікацію⁷.

Варто також зауважити, що на основі декомпонування та структуризації правових вчень про галузеутворення зміст туристичного права, як комплексної галузі права, становлять правові норми інших галузей – конституційного, цивільного, адміністративного, фінансового тощо, за допомогою яких регулюються відносини у сфері туризму. Зокрема:

1) норми конституційного права регламентують найважливіші відносини в сфері туризму: права і свободи людини та громадянина і їх гарантії; норми про компетенцію вищих органів державної влади у нормативному регулюванні туризму, про підприємництво, приватну власність, природокористування тощо;

2) норми адміністративного права визначають структуру державних органів, на які покладено обов'язок державного регулювання за здійсненням туристичної діяльності суб'єктами господарювання, та регулюють їх відносини з суб'єктами туристичної діяльності;

3) норми цивільного права регламентують договірні відносини між учасниками ринку туристичних послуг, визначають загальні умови укладення договору, межі й підстави цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань, а також захист прав споживачів туристичного продукту (послуг);

4) норми транспортного права регулюють відносини, пов'язані з перевезенням туристів наземним, морським (річковим) і повітряним транспортом, а також відповідальність перевізників за ненадання або неякісне надання послуг перевезення;

5) норми страхового права регламентують відносини, що виникають під час укладання і реалізуються в процесі виконання договору страхування. Регулювання відносин у сфері туризму здійснюється також відповідними нормами кримінального, господарського, фінансового, податкового та інших галузей і підгалузей права. Отже, норми туристичного права мають тісний зв'язок з нормами фундаментальних та інших галузей права, що є істотною характеристикою правової системи й правової науки в цілому, а також підтверджують нашу наукову тезу щодо виокремлення нової комплексної галузі – туристичного права.

Висновки. Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що дослідження норм туристичного права, визначення поняття, ознак і структури норм туристичного права, а також їх класифікація за різними ознаками під-

силить наше твердження про виокремлення комплексної галузі туристичного права у вітчизняній системі права. Це також є важливим кроком, що призведе до пошуків ґрунтовних наукових досліджень у даній сфері, на підставі яких доцільно було б здійснити реформування законодавства у сфері туризму, що відповідало б реальним викликам сучасності та враховувало б кращі міжнародні практики.

¹ Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. Москва : Юрид. лит., 1981. Т. 1. С. 53–63.

² Про туризм : Закон України від 15.09.1995 р. № 324/95-ВР (із змінами та доповненнями). URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/>

³ Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1983 р. № 8073-Х (із змінами та доповненнями). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон України від 15.11.2011 р. № 4025-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4025-17>

⁵ Положення про порядок видачі дозволів на право здійснення туристичного супроводу фахівцям туристичного супроводу : наказ Держтурадміністрації України від 24.09.2004 р. № 83 (zareestrovano в Міністерстві юстиції України 20.10.2004 р. за № 1344/9943. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1344-04>

⁶ Ліцензійні умови провадження туроператорської діяльності : постанова Кабінету Міністрів України від 11.11.2015 р. № 991. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/991-2015-%D0%BF>

⁷ Опанасюк Н.А. Система правового регулювання туризму в Україні / Інновінг в туризмі : монографія. Київ: КНТЕУ, 2016. 532 с.

Резюме

Опанасюк Н.А., Мельник І.Л. Норми туристичного права України: поняття, ознаки та структура.

У статті досліджено проблеми становлення туристичного права України, а також первинної його категорії – норм туристичного права. Зокрема, визначено поняття, ознаки та структуру норм туристичного права, а також здійснено їх класифікацію за різними ознаками.

Визначено, що структура норми туристичного права, з точки зору її логічної побудови, представлена триелементною архітектонікою правової норми, відповідно до чого вона складається з диспозиції, гіпотези та санкції. Приклади структури туристичної правової норми наведено за результатами аналізу відповідного законодавства України, що регламентує відносини в сфері туризму.

Крім того, здійснено характеристику норм туристичного права відповідно до визначеної в статті класифікації. Водночас запропонована класифікація норм туристичного права не є вичерпною. Залежно від наукових підходів можна сформулювати й інші класифікаційні ознаки.

Ключові слова: туристичне право, норма туристичного права, туризм, туристичні правовідносини, туроператорська діяльність, турагентська діяльність.

Резюме

Опанасюк Н.А., Мельник І.Л. Нормы туристического права Украины: понятие, признаки и структура.

В статье исследованы проблемы становления туристического права Украины, а также первичной его категории – норм туристического права. В частности, определено понятие, признаки и структуру норм туристического права, а также предложена их классификация по различным признакам.

Определено, что структура нормы туристического права, с точки зрения ее логического построения, представлена трехэлементной архитектурой правовой нормы, в соответствии с чем она состоит из диспозиции, гипотезы и санкции. Примеры структуры туристической правовой нормы приведены по результатам анализа соответствующего законодательства Украины, регламентирующего отношения в сфере туризма.

Кроме того, осуществлена характеристика норм туристического права в соответствии с предложенной в статье классификацией. Однако рассмотренная классификация норм туристического права не является исчерпывающей. В зависимости от научных подходов можно сформулировать и другие классификационные признаки.

Ключевые слова: туристическое право, норма туристического права, туризм, туристические правоотношения, туроператорская деятельность, турагентская деятельность.

Summary

Nataliia Opnasiuk, Iryna Melnyk. Norms of the tourist law of Ukraine: concepts, signs and structure.

The article deals with the problems of becoming a tourist law of Ukraine, as well as its primary category – the rules of tourist law. In particular, the concept, features and structure of the rules of tourist law are defined. The classification of the rules of tourist law according to different characteristics. It is established that the structure of the norm of tourist law from the point of view of its logical construction is represented by the three-element architectonics of the legal norm, according to which it consists of disposition, hypothesis and sanction. The examples of the structure of the tourist legal norm based on the results of the analysis of the current normative legal acts of Ukraine governing the relations in the sphere of tourism are given. The characteristic of the norms of tourist law according to the proposed classification is made.

In addition, it is noted that the complex branch of tourism law in systemic-structural architecture is differentiated both in terms of the dialectical combination of public and private law, and in terms of synergetic of substantive and procedural rules within the framework of tourist law. After all, any substantive norm requires its proper and effective procedural fixing and provision, which reinforces the basic general laws of formation of a complex branch of tourist law as a broad, multi-objective, interdisciplinary determined legal phenomenon of mixed type.

The logical conclusion is that modern political-legal and socio-economic processes and global challenges lead to significant changes in law-making and actualize problems of formation, development, organization and functioning of complex branches of law in the legal system of Ukraine. This objectively determines the significant changes in the system of law, the emergence of new branches of it, integrative legal entities, including the cross-sectoral nature. Among them, the set of legal norms that regulate public relations in the sphere of tourism play an important role. Accumulating various activities related to the creation, distribution, exchange and con-

sumption of the tourism product, as well as the corresponding resources, markets, public institutions, the scope of legal regulation is expanding and, as a result, a relatively independent new branch of law – tourism, is formed. In this context, it is logical to study its primary category – the rules of tourist law.

Therefore, the study of the rules of tourist law, the definition of the concept, features and structure of the rules of tourist law, as well as their classification on various grounds will strengthen our assertion about the separation of the complex branch of tourist law in the domestic system of law. It is also an important step that will lead to a revival of sound scientific research in this field, on the basis of which it would be advisable to reform the legislation in the field of tourism, which would meet the real challenges of today.

Key words: travel law norm tourism law, tourism, travel relationship, substantive rules, procedural rules, tour operator activity, travel agent activity.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.45

УДК 349.3

Р.Е. СКИПЕНКО

*Регіна Едуардівна Скіпенко, кандидат юридичних наук, доцент Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара**

ORCID: 0000-0002-3403-4036

ПРОБЛЕМА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПЕНСІЮ ЗА ВІКОМ НА ПІЛЬГОВИХ УМОВАХ

Постановка проблеми. Держава гарантує право на пільгове пенсійне забезпечення працівникам, які працюють на роботах, пов'язаних з негативним впливом шкідливих виробничих факторів на здоров'я. Тому українське суспільство з великою надією і бажанням відчувати турботу своєї держави про людей, які багато років пропрацювали і вийшли на заслужений відпочинок, очікувало на перші результати розпочатої урядом пенсійної реформи. Під час презентації новачій пенсійного законодавства уряд України наголошував на тому, що важливою метою реформи є відновлення соціальної справедливості у пенсійному забезпеченні. У наш час особливо гостро постало питання, пов'язане з дотриманням права на пенсійне забезпечення, зокрема пенсію за віком на пільгових умовах. У зв'язку з цим зросла необхідність глибокого наукового вивчення даного питання, метою якого є виявлення проблемних питань, що виникають при розгляді спорів даної категорії, причин, які сприяли виникненню спорів, пов'язаних із загальнообов'язковим державним пенсійним страхуванням, у тому числі пенсійного забезпечення осіб, які працювали в надзвичайно складних умовах¹.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням проблем, пов'язаних із пенсійним забезпеченням в Україні, присвятили свої праці такі вчені, як: В. Адамовська, А. Іващенко, О. Ярошенко, С. Прилипка, М. Шумило.

Незважаючи на безліч теоретичних та практичних напрацювань та досліджень вчених, питання удосконалення нормативно-правової бази щодо призначення пенсій на пільгових умовах досі залишаються актуальними. Адже на сьогодні, після прийняття відповідного Рішення КСУ, чинними є положення двох законодавчих актів, якими передбачено різний вік виходу на пенсію за віком на пільгових умовах.

Формулювання мети статті. Виходячи з актуальності та практичної значущості поставленої проблеми, мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити природу пенсії за віком на пільгових умовах, сучасний стан правового регулювання і проблем механізму реалізації права виходу на пенсію для громадян, які працювали в особливо важких і шкідливих умовах, а також запропонувати інструмент удосконалення чинного пенсійного законодавства задля справедливого і уніфікованого правозастосування при вирішенні питання призначення даного виду пенсій.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 114 Закону про пенсійне страхування пенсія за віком на пільгових умовах призначається, зокрема, працівникам, зайнятим повний робочий день на підземних роботах, на роботах з особливо шкідливими і особливо важкими умовами праці за Списком № 1 виробництва, робіт, професій, посад і показників, затвердженим Кабінетом Міністрів України, та за результатами атестації робочих місць, після досягнення 50 років і за наявності страхового стажу не менше 25 років у чоловіків, з них не менше 10 років на зазначених роботах, і не менше 20 років у жінок, з них не менше семи років шести місяців на зазначених роботах.

Підтвердження права на пільгове пенсійне забезпечення здійснюється згідно із Списками, затверджуваними Кабінетом Міністрів України, на підставі записів у трудових книжках працівників та уточнюючих довідок, виданих підприємствами на підставі первинних документів про характер виконуваної роботи та умови праці, а також про безпосередню зайнятість протягом повного робочого дня на роботах, що дають право на пільгове пенсійне забезпечення.

До пільгового стажу зараховується весь період роботи на відповідних посадах або за професіями незалежно від дати їх внесення до Списків за умови підтвердження документами відповідних умов праці за час

© Р.Е. Скіпенко, 2020

* *Regina Skipenko, Ph.D. in Law, Associate Professor of Oles Honchar Dnipro National University*

виконання роботи до 21 серпня 1992 р. та за результатами проведення атестації робочих місць за умовами праці після 21 серпня 1992 р.

Результати атестації (як уперше проведеної, так і чергової) застосовуються для обчислення стажу, що дає право на пенсію за віком на пільгових умовах, упродовж п'яти років після затвердження її результатів, якщо протягом цього часу на такому підприємстві не змінювалися докорінно умови і характер праці (виробництво, робота, робоче місце), які дають право на призначення пенсії за віком на пільгових умовах. У разі докорінної зміни умов і характеру праці для підтвердження права на пенсію за віком на пільгових умовах має бути проведено позачергову атестацію. Такий самий порядок застосовується в разі припинення діяльності підприємства, установи, організації з визначенням правонаступника. За умови підтвердження цього права за результатами атестації, вперше проведеної до 21 серпня 1997 р. (упродовж п'яти років після набрання чинності Порядком № 442), до стажу, що дає право на пенсію за віком на пільгових умовах, зараховується весь період роботи на такому підприємстві у виробництвах, передбачених Списками, тобто період роботи зі шкідливими умовами праці, до дати видання наказу на підприємстві про результати проведення атестації та період роботи впродовж наступних п'яти років за умови, що впродовж цього часу на підприємстві не змінювалися докорінно умови і характер праці (виробництво, робота, робоче місце).

У випадку якщо атестація була вперше проведена після 21 серпня 1997 р., у разі підтвердження права на пенсію за віком на пільгових умовах до пільгового стажу зараховується весь період роботи до 21 серпня 1992 р., п'ятирічний період роботи на такому підприємстві, що передує даті видання наказу про її результати, та період роботи впродовж наступних п'яти років за умови, що впродовж цього часу на підприємстві, якщо за її результатами буде підтверджено право на пільгову пенсію, не змінювалися докорінно умови і характер праці (виробництво, робота, робоче місце).

У разі якщо атестація з 21 серпня 1992 р. не проводилась чи за результатами атестації, вперше проведеної після 21 серпня 1992 р., право не підтвердилось, до пільгового стажу зараховується лише період роботи із шкідливими умовами праці на такому підприємстві, в установі чи організації до 21 серпня 1992 р. включно, тобто до набрання чинності Порядком № 442. У такому самому порядку зараховується пільговий стаж, якщо за результатами атестації, вперше проведеної до 21 серпня 1992 р., право на пільгове пенсійне забезпечення не підтвердилось.

Конституційний Суд України у Рішенні № 1-р/2020 у справі № 1-5/2018(746/15 визнав неконституційними положення, які передбачають поетапне підвищення пенсійного віку для окремих категорій осіб. Йдеться про відповідність Конституції окремих положень розділу I, п. 2 розділу III «Прикінцеві положення» Закону № 213-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення», яке ухвалила Велика палата КСУ⁵.

Конституційний Суд виходив із того, що поетапне збільшення на п'ять років віку для виходу на пенсію на пільгових умовах з урахуванням відповідного стажу роботи працівників, які працювали в шкідливих умовах і погоджувалися на таку працю через можливість отримання окремих пільг, мали об'єктивні очікування, що в них є право виходу на пенсію на умовах, визначених Законом № 1788 «Про пенсійне забезпечення»³.

Після внесення змін Законом № 213 їх право виходу на пенсію на певних умовах звужено. Це КСУ розцінив як погіршення їх юридичного становища щодо права призначення пенсії.

Конституційний Суд вирішив, що застосуванню підлягають ст. 13, ч. 2 ст. 14, пп. «б» – «г» ст. 54 Закону № 1788 в редакції до внесення змін Законом № 213 для осіб, які працювали до 1 квітня 2015 р. на посадах, визначених у вказаних нормах.

Зокрема, на пільгових умовах мають право на пенсію за віком, незалежно від місця останньої роботи:

а) працівники, зайняті повний робочий день на підземних роботах, на роботах з особливо шкідливими і особливо важкими умовами праці, – за списком № 1 виробництв, робіт, професій, посад і показників і за результатами атестації робочих місць: чоловіки – після досягнення 50 років і при стажі роботи не менше 20 років, з них не менше 10 років на зазначених роботах; жінки – після досягнення 45 років і при стажі роботи не менше 15 років, з них не менше семи років шести місяців на зазначених роботах.

Працівникам, які мають не менше половини стажу роботи із особливо шкідливими і особливо важкими умовами праці, пенсії на пільгових умовах призначаються із зменшенням віку, передбаченого ст. 12 Закону про пенсійне забезпечення, на один рік за кожний повний рік такої роботи чоловікам і на один рік чотири місяці – жінкам.

Варто зазначити, що рішення КСУ є остаточним і не підлягає оскарженню. Такий пільговий вік виходу на пенсію торкнеться насамперед українців, які працюють на шкідливих і важких роботах. У суді пояснили, що багато працівників, погоджуючись на виконання таких робіт, розраховували на певні пільги. Але через Закон № 213-VIII залишилися ошуканими.

До змін у законодавстві, за наявності достатнього стажу, жінки могли виходити на пенсію в 45–50 років, а чоловіки – в 50–55. Зміни передбачали поетапне підвищення віку на п'ять років, але тепер цю норму скасував Конституційний Суд України.

Спробу відновити справедливість і уніфікованість у визначенні віку виходу на пенсію за віком на пільгових умовах зробив законопроект № 2810 від 27 січня 2020 р. про внесення змін до Закону України «Про пенсійне забезпечення» щодо приведення його норм у відповідність до рішення Конституційного Суду України від 23 січня 2020 р. № 1-р/2020 стосовно скасування збільшення пенсійного віку для виходу на пенсію за віком на пільгових умовах та на пенсію за вислугу років.

Разом із тим Комітет Верховної Ради України з питань бюджету на засіданні від 18 березня 2020 р. (протокол № 30) відповідно до ст. ст. 27 і 109 Бюджетного кодексу України та ст. 93 Регламенту Верховної Ради України розглянув даний законопроект щодо приведення його норм у відповідність до рішення Конституцій-

ного Суду України від 23 січня 2020 р. № 1-р/2020 стосовно скасування збільшення пенсійного віку для виходу на пенсію за віком на пільгових умовах та на пенсію за вислугу років (реєстр. № 2810 від 27 січня 2020 р.), і повідомляється наступне: що реалізація законопроекту потребуватиме вишукування додаткових коштів з державного бюджету на виплату пенсій (обсяг яких за орієнтовними розрахунками Пенсійного фонду України становить близько 5,2 млрд грн на рік) та загалом висловлено позицію щодо не підтримки законопроекту².

Водночас Міністерство фінансів України у своєму висновку зазначає, що зміна умов пенсійного забезпечення за вислугу років та на пільгових умовах шляхом внесення змін до Закону України «Про пенсійне забезпечення» не узгоджується із абзацом другим п. 16 розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», що передбачає застосування Закону України «Про пенсійне забезпечення» виключно у частині визначення права на пенсію за вислугу років для осіб, які на день набрання чинності Законом України від 2 березня 2015 р. № 213-VIII мають вислугу років та стаж, необхідні для призначення такої пенсії. Умови призначення пенсій на пільгових умовах та за вислугу років окремим категоріям громадян визначені ст. 114 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», а тому реалізація законопроекту за реєстр. № 2810 призведе до неоднозначного трактування положень законодавства.

Всупереч вимогам частини першої ст. 27 Бюджетного кодексу України та ст. 91 Регламенту Верховної Ради України суб'єктами законодавчої ініціативи не надано фінансово-економічного обґрунтування до законопроекту (включаючи відповідні розрахунки) та пропозицій змін до законодавчих актів України щодо скорочення витрат бюджету та/або джерел додаткових надходжень бюджету для досягнення збалансованості бюджету.

Термін набрання чинності, визначений у законопроекті, не відповідає частині третій ст. 27 Бюджетного кодексу України, якою передбачено, що закони України або їх окремі положення, які впливають на показники бюджету (зменшують надходження бюджету та/або збільшують витрати бюджету) і приймаються після 15 липня року, що передує плановому, вводяться в дію не раніше початку бюджетного періоду, що настає за плановим.

За наслідками розгляду Комітет прийняв рішення, що проект Закону України про внесення змін до Закону України «Про пенсійне забезпечення» щодо приведення його норм у відповідність до рішення Конституційного Суду України від 23 січня 2020 р. № 1-р/2020 стосовно скасування збільшення пенсійного віку для виходу на пенсію за віком на пільгових умовах та на пенсію за вислугу років (реєстр. № 2810 від 27 січня 2020 р.), має вплив на показники бюджету (збільшує витрати державного бюджету для Пенсійного фонду України). У разі прийняття відповідного закону до 15 липня 2020 р. він має вводитись в дію не раніше 1 січня 2021 р., а після 15 липня 2020 р. – не раніше 1 січня 2022 р. (або 1 січня наступного за цим року залежно від часу прийняття закону). Наразі цей законопроект повернуто на доопрацювання².

Отже, на підставі вищевикладеного аналізу чинного законодавства і погоджуючись з даними висновками, вважаємо за доцільне відновити окремі норми, змінені Законом України від 2 березня 2015 р. № 213-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення», у зв'язку із рішенням Конституційного Суду України від 23 січня 2020 р. № 1-р/2020 стосовно скасування збільшення пенсійного віку та повернення раніше діючих вимог до віку та стажу, необхідних для виходу на пенсію за віком на пільгових умовах із врахуванням вимог і строків Бюджетного кодексу щодо впливу на показники бюджету. А також закріпити в обох законах, що регулюють призначення пенсії за віком на пільгових умовах за списком № 1, вік для виходу на дану пенсію для: чоловіків – після досягнення 50 років і при стажі роботи не менше 20 років, з них не менше 10 років на зазначених роботах; жінок – після досягнення 45 років і при стажі роботи не менше 15 років, з них не менше семи років шести місяців на зазначених роботах.

Висновки. Держава, виходячи з існуючих фінансово-економічних можливостей, має право вирішувати соціальні питання на власний розсуд; у разі значного погіршення фінансово-економічної ситуації, виникнення умов воєнного або надзвичайного стану, необхідності забезпечення національної безпеки України, модернізації системи соціального захисту тощо може здійснити відповідний перерозподіл своїх видатків з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства; проте держава не може вдаватися до обмежень, що порушують сутність конституційних соціальних прав осіб, яка безпосередньо пов'язана з обов'язком держави за будь-яких обставин забезпечувати достатні умови життя, сумісні з людською гідністю. Але, якщо зміни будуть запроваджені тільки в пенсійній системі, то виявлені проблеми навряд чи вдасться усунути, адже пенсійна реформа має стати складовою частиною комплексної програми економічних і фінансових перетворень.

Тому, з метою уніфікованого і справедливого правового регулювання та правозастосування щодо віку виходу на пенсію на пільгових умовах за списком № 1, пропонується відновити окремі норми, змінені Законом України від 2 березня 2015 р. № 213-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення», у зв'язку із рішенням Конституційного Суду України від 23 січня 2020 р. № 1-р/2020 стосовно скасування збільшення пенсійного віку та повернення раніше діючих вимог до віку та стажу, необхідних для виходу на пенсію за віком на пільгових умовах. А також змінити в ст. 114 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» вік 50–55 років виходу на пенсію за віком на пільгових умовах за списком № 1 на вік для: чоловіків – після досягнення 50 років і при стажі роботи не менше 20 років, з них не менше 10 років на зазначених роботах; жінок – після досягнення 45 років і при стажі роботи не менше 15 років, з них не менше семи років шести місяців на зазначених роботах, як це і передбачено відповідним Рішенням Конституційного Суду і безпосередньо Законом України «Про пенсійне забезпечення».

За умови здійснення даних змін пенсійне забезпечення на пільгових умовах для працівників за списком № 1 сформує більш справедливу і однаково визначену систему захисту від бідності, ніж та, яка існує сьогодні.

ні. А також зменшить кількість звернень громадян у зв'язку з неоднаковим віком виходу на пенсію одного виду, однієї природи до суду.

¹ Закірова С. Пенсійна реформа в дії: невиправдані надії чи завищені очікування? Громадська думка про правотворення. 2017. № 19 (144). С. 3–17. URL: <http://nbuviar.gov.ua/images/dumka/2017/19.pdf>

² Висновок Комітету з питань бюджету від 05.02.2020. – Режим доступу http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67992

³ Про пенсійне забезпечення: Закон України від 08.07.2011 р. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2542-14>

⁴ Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 09.07.2003 р. № 1058-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1058-15>

⁵ Рішення Конституційного Суду України від 23.01.2020 р. № 1-п/2020. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/3005>

Резюме

Скіпенко Р.Е. Проблема реалізації права на пенсію за віком на пільгових умовах.

У статті досліджується питання реалізації конституційного права людини і громадянина на пенсійне забезпечення на пільгових умовах. Висвітлено природу і сучасний стан правового регулювання пенсії за віком на пільгових умовах за роботу в шкідливих і небезпечних умовах. Запропоновано удосконалення чинного законодавства України з урахуванням відповідного рішення Конституційного Суду України задля уніфікованого і справедливого механізму реалізації права на пенсію на пільгових умовах.

Ключові слова: пенсія, пенсійне забезпечення, рішення Конституційного Суду, соціальних захист, пільгові умови.

Резюме

Скіпенко Р.Э. Проблема реализации права на пенсию по возрасту на льготных условиях.

В статье исследуется вопрос реализации конституционного права человека и гражданина на пенсионное обеспечение на льготных условиях. Обозначена природа и нынешнее состояние правового регулирования пенсий по возрасту на льготных условиях за работу во вредных и опасных условиях труда. Предложено усовершенствование действующего законодательства Украины с учетом соответствующего решения Конституционного Суда с целью однообразного и справедливого механизма реализации права на пенсию на льготных условиях.

Ключевые слова: пенсия, пенсионное обеспечение, решение Конституционного Суда, социальная защита, льготные условия.

Summary

Regina Skipenko. The problem of exercising the right to an old-age pension on preferential terms.

The article examines the issue of realization of the constitutional right of a person and a citizen to a pension on preferential terms. The nature and current state of legal regulation of old-age pension on preferential terms for work in harmful and dangerous conditions are covered. It is proposed to improve the current legislation of Ukraine taking into account the relevant decision of the Constitutional Court of Ukraine for a unified and fair mechanism for exercising the right to a pension on preferential terms. Based on the relevance and practical significance of the problem, the purpose of this article is to examine the nature of old-age pensions on preferential terms, the current state of legal regulation and problems of the mechanism of retirement for citizens who worked in particularly difficult and harmful conditions, and also to offer the tool of perfection of the current pension legislation for the sake of fair and uniform law enforcement before the decision of a question of appointment of this type of pensions.

For the purpose of unified and fair legal regulation and law enforcement regarding the retirement age on preferential terms according to the list № 1 it is proposed to change in Article 114 of the Law of Ukraine “On Compulsory State Pension Insurance” the retirement age on preferential terms according to the list № 1 for: men – after reaching 50 years of age and with a work experience of at least 20 years, of which at least 10 years in these jobs; women – after reaching 45 years of age and with a work experience of at least 15 years, of which at least 7 years and 6 months in these jobs.

Subject to these changes, preferential pensions for workers on list № 1 will form a fairer and more defined system of protection against poverty than the one that exists today. It will also reduce the number of citizens applying to court due to the unequal retirement age of the same type and nature.

Key words: pension, the decision of the Constitutional Court, social protection, preferential conditions.

Т.О. СОФІЮК

Тарас Олександрович Софіюк, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

ORCID: 0000-0002-8949-3336

ПРАЙВЕСІ І КОНЦЕПЦІЯ ПОКОЛІНЬ ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. З позицій сучасних міжнародних документів, права людини – це соціальні домагання і можливості людини, об'єктивно обумовлені системою суспільних відносин, передовими ідеалами і т. д., що є важливими для правового становища людини в будь-якому сучасному суспільстві. У міждержавних стосунках захист прав і свобод людини здійснюється на основі таких принципів, як неподільність і повага прав людини, загальноприйнятих відносин держав із власним населенням, співробітництва держав на базі міжнародних правових стандартів. У загальному підсумку щодо світових тенденцій у питаннях прав і свобод людини можна дійти висновку, що з розвитком суспільно-економічних відносин індивід поступово стає безпосереднім суб'єктом права сучасної держави та міжнародного права¹.

Існує концепція *privacy*, тобто те, що стосується прав і свобод людини, зокрема її приватного життя. У будь-якої новації, тобто нової інформації, є автор (власник, володілець, потім розпорядник, на базі виключної або не виключної ліцензії), що має персональні дані, які, у принципі, є його власністю. Використання відомостей про автора повинне здійснюватись тільки з його дозволу. Використовувати зміст приватного листа з пікантними деталями на підставі того, що ім'я автора і текст листа не перекручені, можна тільки з дозволу авторів. Використовувати відомості щодо винаходу можна тільки з дозволу автора (власника, володільця, розпорядника), який має відповідні персональні дані, захист яких передбачений європейським правом. Тобто бачимо тут два інститути права, що можуть функціонувати одночасно та разом – право інтелектуальної власності та право власності на персональні дані, які можуть підкріплювати та посилювати один одного².

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням питань, пов'язаних із правом отримання інформації, займалися такі вчені, як В.І. Бобрик, Б.М. Гоголь, Ю.О. Заїка, Л.П. Коваленко, Н.В. Коробцова, О.В. Кохановська, О.О. Кулініч, С.О. Сліпченко, Р.О. Стефанчук, О.І. Харитонова, С.І. Черноченко, С.В. Ясечко та інші. Проте у вітчизняній цивілістиці недостатньо уваги приділено питанню узгодження права людини на захист персональних даних з правом на інформацію.

Це зумовлює необхідність розв'язання низки важливих наукових та практичних завдань:

- дослідження наявних у юридичній думці поглядів на поняття «приватна сфера» життя людини;
- розгляд проблемних аспектів юридичного становлення права на недоторканність приватного життя;
- вивчення присутньої в юридичній думці позиції, за якою доцільним є розподілення загальної проблеми захисту приватності людини на сектори, які вимагають окремого законодавчого регулювання.

Формулювання мети статті. Метою статті є розгляд обставин, що мають значення для знаходження оптимального співвідношення між правом людини на захист персональних даних і правом на інформацію.

Сучасні дослідники торкалися окремих аспектів вказаної проблеми. Було, зокрема, досліджено проблему цивільно-правової відповідальності за порушення права на інформацію³.

Проте у сфері гармонізації публічної потреби у свободі інформації з правом кожного на збереження таємниці продовжує існувати низка питань, що потребують ґрунтовного вивчення й обговорення. Зокрема, йдеться про:

- вивчення наявних у юридичній думці теоретичних підходів до концепції «трьох поколінь» прав людини;
- вивчення відмінних рис категорії «особисті права»;
- з'ясування обставин, за яких відбувалося виникнення права на повагу до приватного життя.

Виклад основного матеріалу. У 1970-х рр. в міжнародній практиці була визнана концепція «трьох поколінь» прав людини, а з 1990-х наступне «покоління» – інформаційне. Перше покоління прав було породжено, головним чином, Великою французькою революцією, коли вперше держава задекларувала гарантії щодо громадянських та політичних прав людини – право на життя, свободу й безпеку, вільний вибір місця проживання і пересування, право на притулок від переслідування, свобода думки та висловлень, мирних зборів, неприпустимість катування та інших жорстоких форм поведінки, свобода від втручання в особисту кореспонденцію і таємність, право на участь в управлінні державними справами, право не бути позбавленим власності, право мати власність тощо. До другого покоління прав та свобод належить група соціально-економічних і культурних прав – право на працю та захист проти безробіття, соціальне та медичне забезпечення, доступ до публічної служби, відпочинок, освіту, достатній рівень життя, захист результатів літературної, художньої та наукової творчості тощо. Реалізація зазначених прав потребує сприяння з боку держави. Ці права і свободи легалізовано наприкінці ХІХ – на початку ХХ ст. в результаті класової боротьби за поліп-

шення добробуту та створення безпечних умов праці. Третє покоління прав (права «солідарності») – права на солідарність, політичне, економічне, національне і культурне самовизначення, соціальний та економічний розвиток, на гуманітарну допомогу, на мир, безпечне навколишнє середовище, права соціальних та професійних груп тощо. Визнання цієї групи зумовлено процесами боротьби за національну незалежність народами Африки, Латинської Америки після Другої світової війни. У прийнятті у 1981 р. Організацією африканської єдності «Африканській хартії прав людини і народів» закріплено ряд прав народів (право на самовизначення, на вільне розпорядження своїми природними багатствами і ресурсами, на розвиток). Перелік прав третього покоління намагалися продовжити. Головна проблема – це зв'язок прав людини і прав народів, які не можна відокремлювати. Права народів можуть розглядатися як колективні права людини. Дискусії про третє покоління прав людини, що тривають, свідчать про те, що перелік прав людини не є чимось сталим і може бути продовжений.

Четверте покоління прав. З розвитком інформаційного суспільства виникло нове покоління прав і свобод – права людини в інформаційному суспільстві (комунікаційні права). Оскільки інформаційне суспільство стає реальною дійсністю з розширенням інформаційних технологій, електронних комунікацій, які стали невід'ємними потребами людського життя, то і на місцевому, і на глобальному рівнях виникає необхідність гарантування прав людини в інформаційному суспільстві. По-перше, різні здобутки технологій (Інтернет) є засобом підтримки реалізації прав людини, їх інформаційного поширення. По-друге, у структурі сучасного суспільства є значена група прав людини, пов'язаних з участю в інформаційних відносинах⁴.

Особисті права прийнято відносити до так званого першого покоління прав (відповідно до історичних етапів утвердження прав). Категорія «особисті права» означає наявність у суб'єкта таких правочинів, які забезпечують його автономію, пріоритету внутрішніх, індивідуальних орієнтирів. Крім того, відмінною рисою цієї групи прав є те, що вони спираються на концепцію негативної свободи (свободи «від»), яка передбачає відсутність примусу, можливість діяти за власним вибором, не піддаючись чієму-небудь втручанням, насамперед з боку держав. Слід зазначити, що національне законодавство зарубіжних країн у сфері розглянутих правовідносин складалося починаючи з 70-х рр. XX ст. і спочатку ґрунтувалося на бажанні громадян захистити інформацію про своє приватне життя від третіх осіб, гарантувати її недоторканність. Подальший розвиток техніки та інформаційних правовідносин в цілому поставив перед державою нові завдання – визначити місце інформації персонального характеру в системі інформаційних ресурсів, що використовуються в різних сферах соціального життя, а також надати громадянам можливість прийняття адекватних заходів щодо гарантування її безпеки⁵.

Тільки особа, якої стосується персональна інформація, може оцінити уразливість, тобто ймовірний ризик неправомірного використання такої інформації. Це становить основу права на приватність персональної інформації та усвідомлення такого поняття, як «приватна сфера» життя людини. У західній правовій доктрині для позначення цього правового інституту використовується термін «прайвесі» (англ. *privacy*). Найбільш вдалим його перекладом українською мовою є «приватність», яке походить від слова «приватний». Воно характеризує якісний стан об'єкта, що впливає з його належності до «приватної сфери» життя людини. До того ж цей термін одразу асоціюється з тим, що належить безпосередньо приватній особі і є недоступним для людського загалу, є «приватною справою» і протиставляється публічному. Його антонім – «публічність», що означає відкритість для публіки, гласність⁶.

Власне кажучи, виникнення права на повагу до приватного життя як більш широкої за змістом категорії, що стала в подальшому основою розвитку самостійного правового інституту – персональних даних, традиційно прийнято пов'язувати з XVIII ст., коли в рамках Білля про права було прийнято Четверту поправку до Конституції США, що захищає особисті папери та речі людини від самовільного вторгнення. Проте першу офіційну заяву про наявність у США права на приватне життя як такого було зроблено значно пізніше, у 1928 р., суддею Верховного суду США Л. Брандейсом. Ще за 40 років до цього, у 1890 р., Л. Брандейз у співавторстві із С. Уорреном опублікував статтю «Право на приватну сферу» («Right to privacy»), в якій було заявлено про право людини бути залишеною в спокої («the right to be left alone»). Автори статті, зокрема, відзначали, що «напруженість і складність життя, властиві цивілізації, що розвивається, призводять до необхідності мати притулок від зовнішнього світу, так що усамітнення та приватність стають для людини більш значущими, а тому сучасне підприємництво і технічні нововведення, втручаючись в її приватне життя, завдають їй душевного болю і страждань, набагато серйозніших, ніж ті, які можуть бути завдані простим фізичним насильством». Основоположники американської доктрини про охорону права на приватне життя розглядали його як наслідок трансформації права власності, що в подальшому відчутно позначилося на розвитку та застосуванні даного права. Концепція права громадян на невтручання в приватне життя, вироблена загальним правом США, стала основою для визнання міжнародною практикою таких видів правопорушень, як порушення права людини залишатися на самоті, оприлюднення фактів, які стосуються приватного життя особи, присвоєння імені та зображення особи, вторгнення в приватне володіння тощо. Це стало, безсумнівно, революційним кроком, оскільки до цього моменту право захищало, переважно, типові майнові інтереси і не схильне було визнавати категорії моральної шкоди та нематеріальних благ. Верховному суду США знадобилося понад 70 років, щоб був визнаний принцип, згідно з яким людина могла захистити своє право на приватне життя, якщо довела, що має підстави розраховувати на нього. Зазначений принцип американські суди визнали прецедентним шляхом (*Meyer v Nebraska* (1923 p.), *Buck v Bell* (1927 p.), *Griswold v Connecticut* (1965 p.), *Stanley v Georgia* (1967 p.), *Katz v United States* (1967 p.), *Buchanan v Batchelor* (1970 p.), *Roe v Wade* (1973 p.) та ін.). З розвитком інформаційно-телекомунікаційних технологій і засобів для збору, зберігання та обробки даних істотно зросла увага та інтерес до проблеми інформаційної недоторканності особи. У даний час у США на пряме правове регулювання обігу персональних даних спрямовані наступні акти: Закон «Про

захист персональних даних» (1974 р.), Закон «Про захист відеозображень» (1988 р.) та ін. Крім того, непряме регулювання охорони приватного життя здійснюється і на рівні законів окремих штатів (наприклад, Закон штату Каліфорнія «Про захист від папараці» 2009 р.). Юридичне становлення права на недоторканність приватного життя на міжнародному рівні відбувається до середини ХХ ст. Саме тоді воно було визнане одним із фундаментальних прав людини й гарантовано законом. Наголошуючи на останньому твердженні, слід зазначити, що саме фундаментальні права людини утворюють стрижень його правового статусу та одночасно є основою для оформлення та реалізації інших, похідних, але не менш важливих прав⁷.

Отже, перша концепція права на приватність пройшла судову апробацію в США. У практиці американських судів нерідко розглядалися випадки комерційного використання персональних характеристик індивідів, таких як зовнішній вигляд, ім'я та голос. Нерідко такі випадки порушення прав людини супроводжувалися порушеннями права власності. Американські суди вбачали в цих індивідуальних рисах особистості, на які посягали інші особи, певний об'єкт захисту майнового інтересу. Традиційне західне уявлення про право на приватність бере свій витік із права на недоторканність домоволодіння, а західна доктрина приватності має територіальний характер, оскільки захищає персональний життєвий простір особи. Оскільки саме право людини на приватність персональної інформації стає об'єктом правового захисту, цей вид приватності одержав назву «інформаційна приватність» (англ. *informational privacy*). Цей вид приватності також має територіальний вимір, оскільки інформаційні потоки циркулюють у певному фізичному просторі. Людина ж є основним джерелом інформації, яка генерується всередині її життєвого простору, і є споживачем інформації, яка надходить до неї ззовні. Але слід розмежувати сфери, в яких реалізується суспільна активність людини. Це дає змогу розподілити загальну проблему захисту приватності людини на сектори, які вимагають окремого законодавчого регулювання. За цим критерієм можна виділити чотири види приватності: 1) інформаційна приватність, якою охоплюються правила стосовно збирання й обробки персональних даних; 2) тілесна (фізична) приватність, яка стосується захисту фізичної недоторканності людини від примусових процедур, таких як наркологічне тестування та ін.; 3) комунікаційна приватність, яка охоплює безпеку й конфіденційність поштових відправлень, телефонних розмов, електронної кореспонденції та інших форм зв'язку; 4) територіальна приватність, яка стосується встановлення правових рамок для захисту від втручання в сімейну сферу, інше оточення, на робочому місці або в транспортному засобі. Така класифікація дає можливість зрозуміти комплексність і взаємопов'язаність усіх елементів цього поняття. Разом із тим питання правового регулювання збирання й передачі інформації є ключовими для захисту приватності інформації про особистість. При цьому комунікації й бази даних виступають як носії персональної інформації. Відокремлення цього об'єкта правового регулювання від сфери «інформаційна приватність» в окреме поняття «комунікаційна приватність» відділяється певна частина від цілого. Очевидно, розвиток інформаційних технологій поступово стирає грані між цими поняттями. Стрімке поширення електронних комунікацій, в яких повідомлення передаються у цифровому вигляді, не дає змоги технічно й нормативно розмежувати, де закінчується комунікаційна приватність і починається приватність персональних даних⁸.

Висновки. З нашої точки зору, посприяти вирішенню проблем, пов'язаних із знаходженням оптимального співвідношення між правом людини на захист персональних даних і правом на інформацію, можуть такі заходи:

- пропонується визнати, що значення інформації як знань для вирішення проблем суспільства може мати перевагу над прагненням володільця інформації втаємничити її, якщо йдеться про відомості, що містяться в джерелі, утвореному внаслідок об'єднання персональних даних особи з результатами її інтелектуальної, творчої діяльності;
- для забезпечення можливості вільного користування ідеями та інформацією, які містяться в джерелах, утворених внаслідок об'єднання персональних даних особи з результатами її інтелектуальної, творчої діяльності, пропонується поширити дію авторського права на персональні дані, зафіксовані у відповідному джерелі;
- пропонується дозволити доступ до інформації з джерел, що сполучають риси твору і призначеного для приватного вжитку документа, для створення інформаційного продукту, оприлюднення якого приведе до формування знань у читачів. Умовою публікації може бути також необхідність досягнення згоди з усіма заінтересованими особами щодо нерозголошення певних фактів, які містяться у зазначених джерелах. Цінність новоствореного інформаційного продукту може підтверджуватися спеціальною експертизою, проведеною компетентними особами.

¹ Брижко В.М. Основи систематизації інформаційного законодавства: теоретичні та правові засади : монографія. Київ : ТОВ «ПанТот», 2012. 304 с. С. 55.

² Там само. С. 116.

³ Ясечко С.В. Цивільно-правова відповідальність за порушення права на інформацію : монографія. Харків : НикаНова, 2013. 250 с.

⁴ Брижко В.М. Вказана праця. С. 26–27.

⁵ Різак М.В. Правове регулювання відносин щодо персональних даних в Україні : монографія. Харків : Панов, 2016. 464 с. С. 69.

⁶ Обуховська Т.І. Теоретичні засади регулювання інформації про особу в умовах розвитку інформаційних технологій. *Вісник Національної академії державного управління при Президенті України*. 2015. № 2. С. 120–125. С. 123.

⁷ Різак М.В. Вказана праця. С. 70–74.

⁸ Обуховська Т.І. Вказана праця. С. 123–124.

Резюме

Софіюк Т.О. Прайвесі і концепція поколінь прав людини.

У статті досліджено наявні в юридичній думці погляди на поняття «приватна сфера» життя людини. Розглянуто проблемні аспекти юридичного становлення права на недоторканність приватного життя. Вивчено присутню в юридичній думці позицію, за якою доцільним є розподілення загальної проблеми захисту приватності людини на сектори, які вимагають окремого законодавчого регулювання. Розглянуто обставини, що мають значення для знаходження оптимального співвідношення між правом людини на захист персональних даних і правом на інформацію. Вивчено наявні в юридичній думці теоретичні підходи до концепції «трьох поколінь» прав людини. Приділено увагу питанню відмінних рис категорії «особисті права». З'ясовано обставини, за яких відбувалося виникнення права на повагу до приватного життя. Запропоновано заходи, що можуть посприяти вирішенню проблем, пов'язаних із знаходженням оптимального співвідношення між правом людини на захист персональних даних і правом на інформацію.

Ключові слова: права людини, персональні дані, концепція поколінь прав людини, особисті права, персональна інформація, приватність, прайвесі, приватна сфера життя людини.

Резюме

Софіюк Т.А. Прайвесі и концепция поколений прав человека.

В статье исследованы имеющиеся в юридической мысли взгляды на понятие «частная сфера» жизни человека. Рассмотрены проблемные аспекты юридического становления права на неприкосновенность частной жизни. Изучена присутствующая в юридической мысли позиция, согласно которой целесообразным является разделение общей проблемы защиты приватности человека на секторы, требующие отдельного законодательного регулирования. Рассмотрены обстоятельства, имеющие значение для нахождения оптимального соотношения между правом человека на защиту персональных данных и правом на информацию. Изучены имеющиеся в юридической мысли теоретические подходы к концепции «трех поколений» прав человека. Уделено внимание вопросу отличительных особенностей категории «личные права». Выяснены обстоятельства, при которых происходило возникновение права на уважение к частной жизни. Предложены меры, которые могут способствовать решению проблем, связанных с нахождением оптимального соотношения между правом человека на защиту персональных данных и правом на информацию.

Ключевые слова: права человека, персональные данные, концепция поколений прав человека, личные права, персональная информация, приватность, прайвесі, частная сфера жизни человека.

Summary

Taras Sofiuk. Privacy and the concept of generations of human rights.

The article studies the approaches to the concept of the «private sphere» of human life that are present in legal thought. Attention has been paid to the principles on the basis of which the human rights and freedoms in interstate relations are protected. The circumstances that are important for finding the optimal correlation between the human right to personal data protection and the right to information are considered. The theoretical approaches to the concept of «three generations» of human rights that are present in legal thought are studied. The description of different generations of human rights is given. The discussions on the third generation of human rights which are ongoing and show that the list of human rights is not permanent and can be extended are considered. The consideration is given to the need to ensure human rights in the information society. Attention is paid to the issue of distinctive features of the «personal rights» category. It is indicated that personal rights are usually attributed to the so-called first generation of rights (in accordance with the historical stages of affirmation of rights). The circumstances under which the right to respect for privacy arose are clarified. The phenomenons that form the basis of the right to privacy of personal information and of the awareness of the concept of the «private sphere» of human life are highlighted. The emergence of the right to respect for privacy as a broader category, which later became the basis for the development of an independent legal institution of personal data is considered. The history of judicial approbation of the first concept of the right to privacy in the United States is reflected. The problematic aspects of legal formation of the right to privacy are considered. The position that is present in legal thought according to which it is advisable to divide the general problem of protecting human privacy into sectors that require separate legislative regulation is studied. It is stated that the «personal rights» category means that the subject has such acts that ensure his or her autonomy, priority of internal, individual guidelines. The measures that can help to solve the problems related to finding an optimal correlation between the human right to personal data protection and the right to information are proposed.

Key words: human rights; personal data; the concept of generations of human rights; personal rights; personal information; privacy; the private sphere of a person's life.

O. KHALABUDENKO

Oleg Khalabudenko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Kyiv National University of Construction and Architecture*

ORCID: 0000-0001-9478-0164

A CRITICAL LOOK AT THE POLICY OF LAW IN THE CONTEXT OF THE REFORM OF THE CIVIL CODE OF UKRAINE (SOME METHODOLOGICAL REMARKS)

I. Introduction or what modern civil law owes to the past

Civil law, in terms of its content and form established in the 19th-21st centuries, is a phenomenon of Continental law. Herewith, the content of law for Continental law is thought of as a set of permissions, prohibitions, obligations, rewards and recommendations that legal order recognizes as necessary to approve, put into effect and protect in a society existing in a specific historical dimension.

The law of states that experienced in the 20th century the powerful influence of the totalitarian socialism practices and legal doctrines justifying such practices has adjoined to Continental law. These were, certainly, post-Soviet countries including Ukraine, which are currently in the process of seeking a legal self-identification.

The difficulty of legal reforms are predetermined in these jurisdictions, on the one hand, by the intention to find civilizational grounds in the bowels of Continental law for building national legal systems, and on the other hand, by the obvious need to take into account the current experience of convergence as being established in the nuclei of legal orders united by the Western legal tradition common for Continental and Anglo-American law. At the same time, even a cursory glance at the law of these states suggests a growing trend towards the formation of more “technocratic law”: legal acts here are increasingly being developed in the technical documentation style, rather than as the legislation designed for implementation in the context of the legal equality for the legal communication participants.

This trend, according to William Elliott Butler, is largely motivated by the “lack of a clear doctrine and principle on the inadmissibility of state intervention in the sphere of social life¹. The mentioned tendency is taking place against the backdrop of technological changes which in turn lead to a weakening role and importance of a free scientific discussion and an increase of normative texts. It should be noted that these trends are particular for Ukraine, and this requires special research. It seems the fair point that “Ukraine is one of the technocratic legal systems”².

Western legal tradition arose as a result of autonomous socio-cultural processes that had had a revolutionary character characteristic only of European culture. Initially, the Western legal tradition was based on a synthesis of reformed Roman law (*Ius commune*), ancient philosophy and Christian theology³.

Assessing critically the components of the Western legal tradition “matrix” (in the version of *Usus Modernus Pandectarum*), we note first of all that the content, being considered close to reality, and the spirit of Roman law are not really revealed “at the stage of the pandectists”. And it is by no means in the jurisprudence of concepts that one should see “the reproduction of the positive content of Roman law” and, even more, “the way of thinking of Roman lawyers”⁴. On the contrary, the evolution of Roman law, its ideas became understandable only after the practical implementation of working-out of *pandectists* who had rejected the glossators and commentators’ ideas in Civil codes of the New Age (first of all, on the permissibility of sharing legal dominance between personally dependent individuals). In other words, only the termination of Roman law (before this it had undergone three stages of revival) in almost all jurisdictions relating to the Western legal tradition, its ideas could be understood and used, but, as a rule, only as an introduction to modern private law. This is in the best case: there were extremely few knowledge holders of Roman law tradition on the continent. Thus, we should agree with the Reinhardt Zimmermann’s view that “... the high hopes and expectation entertained at the time of the Enlightenment have not been fulfilled: neither have the codifications made the learned lawyer redundant, nor have they led to a lasting consolidation (ossification) of private law”⁵.

II. Is the codification of civil law the only true way of the law genesis and law-making?

In this regard, the codifications of the 19th–20th centuries being guidance for the Eastern European states should be characterized as anti-feudal law rather than promising “bourgeois law”. Especially since modern law must comply with the basic parameters of a post-industrial society.

Moreover, historical Roman law with its “casuistic nature of court decisions, the origin of principles and rules of law from cases, the use of the technique of analogies”⁶ was much closer to modern case law than to Continental law. The strong idea by Oliver Wendell Holmes that “the life of the law has not been logic: it has been an experience”⁷, turns out that Roman law to be much closer to modern case law than to Continental law.

There is also no trace of the Stoics in the modern civil law doctrines: the current worldview and the prevailing private-law political and legal approach are based on utilitarianism and, accordingly, sees in the law by no means a

© O. Khalabudenko, 2020

* Олег Анатолійович Халабуденко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету будівництва і архітектури

metaphysical idea, but only “its instrumental essence”⁸: the law has long and unconditionally been perceived as “a regulator” alienated from the right holder.

There was also not much left from Christian theology in modern civil law. This is observed in a slight residual *sacralization* of the civil code text itself (similar to *Scriptura Sacra*), whose authority has long been “adjusted” by the constitutionalism doctrine, as well as in the doctrine of the sanctity of the contract (*pacta sunt servanda*) in the form when it is not limited by the principle of effective violation of the contract borrowed from American law.

It should be noted that, in contrast to Continental law, Anglo-American law (often referred to as Common Law) is characterized by a strong judiciary, and as a consequence, by the precedent nature of law. It is also distinguished by indirect borrowing of the Roman law material (through the doctrine, first thanks to the activities of the Oxford and Cambridge universities, where Roman law was stated as a written reason, while common law was mastered in bar associations replenishing ranks of magistrates), as well as by the focus on the practical implementation of law with a characteristic priority of procedural law over the substantive one.

The Common law method is close to Roman law in which intuition based on the principle of justice, despite logical and systematic criteria, is still of great importance in judges’ decisions⁹. In turn, Continental law, due to well-defined historical conditions of its formation, has learned the experience that the *ratio decidendi* of magistrates is determined by a normative statement enshrined in a codified act. The methodological approach formed in Continental law at some historical period seemed to be so attractive and natural that the founders of the historical school of law (XIX century) considered it as a “universal regularity of genesis of law”.

So, in the second half of the 19th century, J. Phillimore argued that “the natural progress of law goes through three periods: the “infant period” (the rule of custom), the period of the complication of law (the rule of case law) and the period of the pinnacle of evolution (codification of law)”¹⁰. The fact that “Continental law, in the presence of legal norms in the form of codes accessible to all, is characterized by predictability and stability of legal consequences which are not dependent on judicial discretion”¹¹ is also a positive feature.

Thus, researchers of legal phenomena recognize that the meaning of a norm on the continent, by virtue of its clear verbal wording, is considered constant, independent of the subject of interpretation, and this allows to “apply” uniformly the norm in resolving many “single-row” legal cases; however, in case law, there seems to be no such degree of formal certainty and constancy of the meaning of the legal “norm”¹².

In any case, the “popularity” of Continental law (according to some statistics, 2/3 of the world’s population applies Continental European law¹³) can hardly be explained solely by the factors mentioned above. Most likely, once prevailing military, technological, and cultural-legal Eurocentrism had a significant influence on the spread of this model of legal life organization.

III. The origins of civil law policy

The methodological error in understanding the peculiarities of Continental law, in our opinion, is a misconception about the main component of law – its norm. Obviously, there is a need for a consequent deconstruction of the “norm of law” concept. In other words, we are talking about emphasizing of certain aspects in the general legal category “norm of law”, namely: “normative statement” considered as the central element of the legal system, “normative rules” serving as a leading model for assessing the behaviour of a participant in legal communication in law activities, “rule of conduct” as the basis for the obligation of legal communication subjects.

The necessity of the proposed differentiation of the concepts is predetermined by the specificity of the reference to the acting subject of legal reality, and, accordingly, the function that these terms (*normative statement*, *normative rules* and *rule of conduct*) perform in the process of legal communication. The gap between the normative rule as an abstract directive prescription and the particular rule of behavior that guides the subject is filled in case of a dispute with the value obtained in the practice of the normative rule applying¹⁴.

The notion that the normative statement is a norm of law is specific for Continental law jurisprudence due to certain legal grounds: legal dogma in Europe was formed in isolation from practice, within universities. There, by virtue of giving the civil law text sacred power, an initial point of view is formed that the rule, generalized and enshrined in the text, serves as a regulating principle for practice. However, this point of view is unfounded. Normative statements, fixed most often in the normative legal act, including the civil code, are adopted in accordance with certain procedural rules applicable in the law-making process. In this sense, the development and adoption of normative statements relate to the field of public (state) law. The subjects of can only believe in the good faith, honesty, and reasonableness of the legislator, who oversees the development and adoption of the respective normative act.

We recall that until the triumph of the constitutionalism doctrine, in order to avoid government interference in the affairs and interests of private individuals, the Civil code in the countries of Continental law had the status of an *economic constitution*, acting in the individuals’ property sphere, while the political constitution covered exclusively public law aspects of the life of society as a whole. However, current Civil codes are based on the constitution and must comply with it. So, the 1st paragraph of article 4 of the Civil Code of Ukraine expressly provides: “The Constitution of Ukraine shall constitute the framework of the civil legislation of Ukraine”¹⁵.

The doctrine of the “horizontal effect” of constitutional norms, assuming that constitutional principles (derived from the normative material of the constitution itself) serve as a “normative umbrella disclosed above all legislation,” suggests that each civil law norm must be compatible with the system of constitutional values and must be interpreted in keeping with the spirit of this system¹⁶. Thus, the stability of the legal regime, prevailing in the sphere of private law, depends on the stability of the sphere of public law that is very mobile in modern conditions.

Nonetheless, it seems near-sighted not to take into account the trend that arises in this regard, especially when it comes to the modernization of the civil legislation of Ukraine which proclaimed “the irreversibility of the European and Euro-Atlantic course of Ukraine”¹⁷ in the preamble of the Constitution. In any case, no matter how strong is the desire to endow the normative statement of the civil law codifications with sacred meaning, one should not

expect a miracle since the normative statement enshrined in the text does not coincide with the normative rule and rule of conduct. Indeed, the value of law in its only true meaning of constant and unchanging will (*perpetuum voluntas*) is determined not by beautiful phrases often resembling slogans on banners of the past, but by the authority of the judiciary based on reason and power of legal order. The above factors that do make some of the jurisdiction attractive in terms of protection of the rights to legitimately appropriated resource, as well as assets invested in the future. In this sense, the definition that “law is a general command, a decision of persons secured by the judiciary <...>, reflecting the general consent of *res publica*”¹⁸, is still true.

Is not worth, in our opinion, to overestimate the effectiveness of the indirect influence on national Civil law of the unified acts of Soft Law, in particular, the Principles of European Treaty Law (PECL), the Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT), as well as the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, certain provisions of which were borrowed by national codifications. Aimed to actions in international commercial circulation, the provisions of these and other “international acts” create additional unnecessary difficulties for participants in legal communication at the national level. Moreover, these acts were intended to harmonize the sphere of contractual obligation relations, while the harmonization of provisions on property and inheritance law remained outside the idea of establishing a homogeneous legal regime on the European continent.

We will be able to evaluate the effectiveness of the Model Rules of Private European Law (DCFR) “encroaching” on the systematization and unification of a significant part of the legal material traditionally related to civil law on the continent (general provisions, legal acts, law of obligations, as well as trusts, the legal idea of which was successfully borrowed from Common Law jurisdiction), only if they are actually translated into legal life. In our opinion, judging the effectiveness of the borrowed legal structure at the level of the legal act text is no more effective than the intention of the observer in the Plato’s cave deprived of a full look to judge the reality by the shadows appearing on the walls of the cave.

IV. Some rhetorical questions instead of a conclusion

Thus, the assertion that the codification of civil law in Ukraine is a “multi-level system, the macro components of which are at the top level (the idea of natural private law, the ratio of natural law to the law, the rule of law in private law, the system and principles of private law, the structure of positive (written) private law and the Civil Code of Ukraine, the universalism of natural and written private law, in particular, the adaptation of private law of Ukraine to the corresponding European Union law, etc.), and the theories of individual institutions, their parts and provisions are at the lower levels”¹⁹ is true, but only at the level of the fixation the elements of this system in the corresponding normative statements (normative sentences). They are expressing a judgment about whether a situation is desirable or undesirable.

Whether the ideas embodied in the Civil code is implementing in practice, when assessing the individuals’ behavior from the position of regulatory rules and, especially, from the position of rules of conduct that guide specific participants in legal communication, still remains a question. The definition of the vector of civil law development depends on the answer to the above question. Whether private Continental law will remain the “ideal concept”²⁰ that legal life aspires to, or, on the contrary, legal reality following centrifugal tendencies caused by the “magical attractiveness” of other reference jurisdictions, will increasingly move away from the once perceived rational ideal of Civil law?

¹ William Elliott Butler. The Place of Ukraine on the Legal Map of the World//Journal of the Comparative Law. 2010. Vol. V. No 1. P. 3.

² Idem. P. 4.

³ See: Harold J. Berman. Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983.

⁴ Tarasov N.N. Yuridicheskoe issledovanie i yuridicheskoe myshlenie: protivorechiya professional’nogo soznaniya //Byulleten’ kluba konfliktologov. Krasnoyarsk, 1999. Vyp. 7. P. 3.

⁵ Zimmermann Reinhard. Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Cibilian Tradition Today. Oxford University Press, 2004. P. 1.

⁶ Jalowicz, Herbert Felix. Roman Regulae and English Maxims/ Europa e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker. Bd. 1. P. 215.

⁷ Oliver Wendell Holmes, Jr. The Common Law. University of Toronto Law School Typographical Society September, 2011. P. 5.

⁸ Karapetov. A.G. Ekonomicheskij analiz prava. – Moskva: Statut, 2016. P. 24.

⁹ Garsia Garrido M.H. Rimskoe chastnoe pravo: Kazusy, iski, instituty. Moskva: Statut, 2005. P. 138.

¹⁰ Phillimore J.G. Private Law among the Romans from the Pandects. London, 1863. P. 16–17.

¹¹ Lado Chanturiya. Kontinental’noe pravo i kodifikaciya grazhdanskogo prava/Grazhdanskoe pravo: sovremennyye problemy nauki, zakonodatel’sstva, praktiki. Moskva: Statut, 2018. P. 526

¹² See: Les Droits de tradition civiliste en question / À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale URL: www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/rapports_doing_business/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf

¹³ See: Global Competitiveness Report, 2009, World Economic Forum. URL: www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2009-10.pdf

¹⁴ See: Halabudenko O.A. O normah prava voobsche i normah grazhdanskogo prava v chastnosti: nekotoryie metodologicheskie zamechaniya // Derzhava i pravo: Zbyrnyk naukovykh prats. SerIya Yuridichni nauki. Vypusk 74 / In-t derzhavy i prava im. V.M. Koreskogo NAN Ukrainy. – K.: Vid-vo «Yuridichna dumka», 2016. P. 227–246.

¹⁵ The Civil Code of Ukraine. URL: http://teplydim.com.ua/static/storage/filesfiles/Civil%20Code_Eng.pdf

¹⁶ Savchy`n M.V. Porivnyal`ne konsty`tucijne pravo: navchal`ny`j posibny`k. Ky`yiv: Yurinkom Inter, 2019. P. 17–18.

¹⁷ Constitution of Ukraine. URL: <https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>

¹⁸ Bracton on the Laws and Customs of England. Volume I, Introduction; Volume II. Translated, with revisions and notes, by Samuel E. Thorne. [Published in association with the Seiden Society]. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1968. P. 22.

¹⁹ Lucz` V. Do istoriyi rozrobky` ta pry`jnyattyu cy`vil`nogo kodeksu Ukrayiny` (2003 r.) // Pravo Ukrayiny`, #1, 2019. P. 16.

²⁰ See: Khary`tonov Ye.O. Pry`vatne pravo yak koncept: poshuk parady`gmy`: monografiya/Ye.O. Khary`tonov, O.I. Khary`tonova. – Odesa, 2014. 804 p.

Резюме

Халабуденко О.А. Критичний погляд на правову політику в контексті реформи цивільного кодексу України (деякі методологічні зауваження).

Питання, пов'язані з актуальним станом цивільного права і перспективами його розвитку, визначаються процесами конвергенції правових систем. У цих умовах особливу увагу, на думку автора, слід приділити питанням зближення методологічних підходів, прийнятих серед відповідних юридичних спільнот. Автор критикує уявлення, що склалося в науці права про основні характеристики сучасного цивільного права як сфери правової дійсності в межах континентального права. Автор звертає увагу на необхідність прийняти до уваги життєвий досвід конвергенції, що відбувається в ядрах правопорядків, об'єднаних спільною для континентального і англо-американського права Західної традицією права.

У статті висловлені критичні зауваження про роль римського права для сучасного континентального права, піддана критиці ідея «універсального правогенеза», відзначені недоліки надмірного перебільшення ролі нормативного тексту для вирішення завдань, що виникають у сфері приватного права. Автор зазначає, що сучасне цивільне право втратило історичні підстави, які служили основою для європейського континентального права, внаслідок чого акцент зміщується виключно на фактор правової політики розвитку цивільного права. У той же час автор зазначає, що нинішній досвід конвергенції, що розвивається в ядрах правових порядків, об'єднаних західною традицією права, загальною для континентального і англо-американського права, повинен враховуватися при реформуванні цивільного права в Україні. Свої висновки автор підкріплює методологічним підходом про трирівневу організацію норм права, який демонструє недостатність і нестійкість нормативних висловлювань, закріплених в тексті цивільного законодавства. На думку автора, труднощі правових реформ зумовлені прагненням знайти в надрах континентального права цивілізаційні основи для побудови національної правової системи, актуальність яких оскаржується в контексті системної кризи цивільного права в Європі. Автор також зазначає, що українська юридична спільнота не має чіткого бачення політики приватного права.

Ключові слова: Західна традиція права, континентальне право, цивільне право, римське право, конвергенція в праві, методологічні підходи в цивільному праві, Цивільний кодекс України, цивільно-правова політика.

Резюме

Халабуденко О.А. Критический взгляд на правовую политику в контексте реформы гражданского кодекса Украины (некоторые методологические замечания).

Вопросы, касающиеся современного состояния гражданского права и перспектив его развития, определяются процессами сближения правовых систем. В этих условиях особое внимание, по мнению автора, следует уделить вопросам сближения методологических подходов, принятых среди соответствующих юридических сообществ.

Автор отмечает, что современное гражданское право утратило исторические основания, послужившие основой становления европейского континентального права, в результате чего акцент сместился преимущественно на фактор правовой политики его развития. Отмечается, что нынешний опыт конвергенции, наблюдаемой в ядрах правовых порядков, объединенных Западной традицией права, должен быть принят во внимание при реформировании гражданского права в Украине. По мнению автора, трудности правовых реформ в Украине предопределены стремлением найти в недрах континентального права цивилизационные основания для построения национального права, тогда как актуальная значимость таких оснований в контексте системного кризиса гражданского права в Европе представляется неубедительной. Автор также отмечает, что украинское юридическое сообщество не имеет четкого видения частноправовой политики.

Ключевые слова: Западная правовая традиция, континентальное право, гражданское право, римское право, конвергенция в праве, методологические подходы в гражданском праве, Гражданский кодекс Украины, Гражданско-правовая политика.

Summary

Oleg Khalabudenko. A critical look at the policy of law in the context of the reform of the civil code of Ukraine (some methodological remarks).

The questions regarding the current status of Civil Law and its development prospects are being determined by the legal systems convergence processes. Under these conditions, the convergence of the legal methodological approaches accepted among the relevant legal communities is an essential issue.

The author notes the modern civil law lost the historical grounds that had been a base for European Continental law, as a consequence, the focus is shifting exclusively to the legal policy factor of civil law development. At the same time, the author remarks that the current experience of a convergence being developed in the nuclei of legal orders united by the Western law tradition common for the Continental and Anglo-American law should be taken into account for the civil law reformation in Ukraine. According to the author, the difficulties of legal reforms in Ukraine are predetermined by the commitment to find in the bowels of Continental law the civilizational grounds for building national legal systems, whose relevance is being disputed in the context of the civil law systemic crisis in Europe. The author also remarks that the Ukrainian legal community does not have a clear vision of private law policy.

Key words: Western legal tradition, Continental law, Civil law, Roman law, Convergence in the Law, Methodological approaches in civil law, Civil Code of Ukraine, Civil law policy.

А.А. ВИШНЕВСЬКА

*Анастасія Аскольдівна Вишневська, аспірантка
Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0003-4329-7820

ВПЛИВ НЕДОВІРИ ДО СУДОВОЇ ВЛАДИ НА ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Питання виконання судових рішень залишається досить актуальним на сьогодні, не зважаючи на велику кількість проведених досліджень на цю тему. Катастрофічно низький рівень виконання судових рішень в Україні, зокрема в розрізі цивільного права, та потреба в покращенні ситуації в даній сфері зумовлюють актуальність дослідження.

В Україні наразі питання реформування системи виконання судових рішень стоїть досить гостро.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням даної тематики в цілому та окремих її аспектів займалися такі вчені, як: О.С. Бадалова, К.В. Бернатович, С.К. Гречанюк, О.В. Задорожня, Р.С. Калінін, С.В. Ківалов, М.Л. Лук'янова, Н.А. Сергієні, Д.В. Сіверін, О.О. Чумак та інші¹.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб виявити чинники, які впливають на невиконання судових рішень з метою подальшого їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Питання примусового виконання рішень в Україні та світових моделей виконання судових рішень вивчали провідні вітчизняні та зарубіжні вчені та дослідники: Д.Х. Валєєв, О.Б. Верба-Сидор, Є.Д. Когутич, Л.В. Крупнова, М.Г. Марченко, В.Ю. Сайко, А.В. Солонар, О. Ткачук, С.В. Шкляр, М.Й. Штефан, Я.Я. Ярков та інші².

Право на справедливий суд, гарантоване ст. 6 Європейської конвенції з прав людини – це також необхідна умова дотримання принципу верховенства права, закріпленого у ст. 8 Конституції України. Невиконання судових рішень або його неякісне виконання призводить до втрати самого сенсу правосуддя, що підриває довіру до судової влади зокрема і до влади в цілому.

Невиконання рішень національних судів України – найбільш масштабна та серйозна проблема функціонування судової системи. Існування цієї проблеми було встановлено в пілотному рішенні ЄСПЛ «Юрій Миколайович Іванов проти України» (2009 р.).

Нарікання на діяльність судової влади є як серед громадян, так і серед представників інших гілок влади, що вкрай негативно впливає на авторитет судової влади, самої суддівської професії та діяльність держави в цілому. Судова система України спирається на довіру та повагу до неї, на впевненість в її незалежності, неупередженості та справедливості.

Проблема невиконання судових рішень в Україні не тільки різко підриває авторитет держави, бо є сигналом масового порушення прав людини, а й викликає суттєву недовіру українського суспільства до чинної влади³.

Невиконання судових рішень негативно впливає як на авторитет судової влади, так і на авторитет адвокатури, оскільки при такій ситуації не досягається кінцева мета правосуддя та адвокатури – надання професійної допомоги та захист інтересів громадян і реальне поновлення їхніх порушених прав.

При наданні адвокатських послуг та представленні інтересів клієнтів як-то в цивільному, адміністративному чи господарському процесі, неодноразово на практиці доводиться зустрічатися з проблематикою виконання судових рішень, які набрали законної сили. Виграти справу – це лише половина шляху. Інша частина – це забезпечення швидкого та результативного виконання рішення суду, яке набрало законної сили. У тому числі проблема стосується не лише процедури організації такого виконання, але й відсутності співрозмірної відповідальності особи, яка зобов'язана виконати рішення, що набрало законної сили і про яке їй стало відомо.

Реформування судової системи, безперечно, підвищить рівень судового захисту прав осіб та зростання рівня довіри громадян як до судової системи, так і до адвокатури в цілому⁴.

Варто підкреслити, що у виданні «Національна безпека і оборона» вказано, що аналіз 2 254 судових рішень у соціальних спорах виявив системні проблеми у правовому регулюванні зазначеної сфери, тому насамперед слід звернути увагу на динаміку прийняття нормативно-правових актів у цій сфері, що дасть змогу проаналізувати причини невиконання судових рішень відповідної категорії⁵.

У процесі виконання рішення національних судів умовно поділяються на два типи: до і після розгляду ЄСПЛ. Рішення національного суду має більше підстав для виконання, якщо воно було підтвержене ЄСПЛ. Оцінюючи наявну практику діяльності органів ДВС та Мін'юсту, експерти дійшли висновку, що українська влада поставила Європейський суд із прав людини на неналежне місце в своїй національній системі. Вона наділила його повноваженнями «четвертої інстанції» за рахунок власних судової системи та системи вико-

нання судових рішень. Саме тому протягом останніх 20 років зростає кількість заяв про невиконання рішень національних судів. Таким чином, влада віддала пріоритет виконанню рішень ЄСПЛ, менше довіряючи власній судовій системі та виконавчій службі, що підриває авторитет судової системи, виконавчої служби та держави України на міжнародній арені⁶.

Питання якісного, повного та своєчасного виконання судових рішень є досить вагомим для стабільних, у межах держави, відносин.

Лише через виконані в повному обсязі судові рішення реалізуються основоположні засади світового демократичного устрою: гуманізм, справедливість та верховенство права.

Неповага до суду та до державних органів проявляється також у невиконанні судових рішень. Це відбувається на ґрунті суспільно-політичних та економічних проблем, у зв'язку з чим судді асоціюються із чиновниками та представниками влади, компрометуючого матеріалу на яких достатньо у засобах масової інформації.

Неповага до суду тісно пов'язана з недовірою до суду, рівень якої, як зазначалося раніше, незважаючи на реформи та зміни в цій сфері, залишається беззаперечно високим. Отже, не зважаючи, на здавалось би велику кількість досліджень на цю тему, на початок проведення судової реформи та деякі позитивні зрушення, дана тема потребує подальшого дослідження й використання нових способів змінити ситуацію, яка склалась з інститутом виконання судових рішень.

Важливим способом підвищення довіри та поваги до суду є формування правової культури та правосвідомості громадян, більшого розуміння значення суду та його важливості, що є тривалим процесом, який слід розпочати із усунення навіть невеликих непорозумінь задля уникнення в майбутньому більш серйозних правопорушень, пов'язаних, наприклад, із погрозами на адресу суддів чи нападами на них⁷.

Важливими чинниками є:

- забезпечення процедурних гарантій: уважне заслуховування сторін з дотриманням рівності, прокладання чіткого містку між нормами права і фактами, заінтересованість у правді, шанобливе ставлення до людей. Правосуддя має не лише вершитися, повинно бути видно, як воно вершиться;

- приділення уваги головному завданню суддів: ґрунтовному обґрунтуванню/вмотивуванню кожного рішення. Люди/суспільство повинні бути в змозі зрозуміти логіку аргументації судового рішення.

Люди, які надають судові послуги, є обличчям правосуддя. Саме вони мають найбільший вплив на формування авторитету судової влади, а відповідно – й довіри до неї. Щодо іміджу судової влади в Україні в очах суспільства, то, відповідно до результатів опитування Фонду «Демократичні ініціативи» 2015 р., поширеність корупції серед суддів визнавали 85,2 % опитаних, залежність суддів від олігархів – 67,2 %, залежність суддів від політиків – 60,5 %, ухвалення замовних рішень – 54,5 %. І саме ці чинники, на думку опитаних, найбільш негативно впливали на рівень довіри до суду. Відповідно, в Україні був і залишається високим суспільний запит на очищення та оновлення суддівського корпусу.

Важливо запровадити перевірку кандидатів до місцевих судів на відповідність критеріям доброчесності і професійної етики та посилити вагу цих критеріїв у конкурсних процедурах до судів вищого рівня. У світлі голландського досвіду доцільно переорієнтувати професійну підготовку майбутніх суддів в Україні із надання чітких інструкцій щодо застосування закону на розвиток спроможності суддів керуватися принципами, цінностями у вирішенні різних дилем.

Ефективність судової системи в Україні потерпає від надмірного навантаження та недостатності суддів. Тому наразі важливо заповнити суддівські вакансії. Також потрібно вдосконалювати таймменеджмент в судах і запровадити систему завчасного інформування учасників процесу про відкладення судових засідань. Щодо виконання судових рішень, то важливо розвивати інститут приватних виконавців, що працює на конкурентних засадах, поступово зменшуючи частку державної виконавчої служби з перспективою відмови від неї взагалі.

Доцільними є зміни до процесуальних кодексів, які уповноважать суд після оголошення присуду давати коротке, зрозуміле сторонам та публіці обґрунтування судового рішення (сьогодні суди найчастіше зачитують лише резолютивну частину рішення, відкладаючи виготовлення повного тексту на певний час).

У комунікаційній стратегії судів молоде покоління потрібно виділяти як окрему цільову аудиторію, яка потребує особливої уваги і створення особливого контенту (мультфільми, відеоролики, навчальні фільми, комп'ютерні ігри, комікси тощо). Створення такого контенту наразі можливе із заінтересованими громадськими організаціями⁸.

Важливо, щоб проводилася роз'яснювальна робота серед усіх категорій населення про базові права громадян щодо захисту судом їх прав та свобод, безпосередньо права в суді, функції суду, про важливість судової влади.

Таким чином ми зможемо працювати над підвищенням рівня довіри та поваги до суду, підвищення рівня правосвідомості та правової культури, особливо серед молоді, підлітків, що тим самим дасть змогу наступне покоління виховати з належним рівнем правової свідомості та культури, що, в свою чергу, попередить негативні наслідки їх відсутності.

З метою дослідження ставлення громадян України до судової влади, оцінки ними різних аспектів діяльності судів соціологічною службою Українського центру економічних та політичних досліджень ім. О. Разумкова на замовлення Офісу Ради Європи в Україні у 2019 р. було проведено дослідження «Ставлення громадян України до судової системи». За результатами дослідження можна зробити висновок, що засоби масової інформації мають визначальне значення у формуванні громадської думки стосовно діяльності судової системи України, перебігу судової реформи, оскільки більшість громадян України отримують інформацію про діяльність українських судів лише із ЗМІ⁹.

Отже, при впровадженні судових реформ з метою підвищення довіри до судової влади на це також варто звернути увагу.

Важливим засобом підвищення суспільного авторитету суду є правова реклама. Її основним завданням повинно стати інформування працівників апарату суду, суддів, адвокатів, громадських організацій, місцевого населення, ЗМІ, навчальних установ, державних установ, громадських, професійних організацій та інших цільових груп про функціонування, діяльність та завдання суду. В національних судах запроваджується посада спеціаліста із зв'язків з громадськістю, на якого і покладається завдання з розроблення комунікаційних стратегій суду і плану дій з метою побудови ефективних взаємовідносин із цільовими аудиторіями суду, підвищення обізнаності про діяльність, програми та заходи, які здійснює суд, та інші напрями роботи у сфері розвитку інформаційних зв'язків між судом та суспільством¹⁰.

Висновки. На авторитет судової влади впливає не один фактор, а цілий комплекс внутрішніх та зовнішніх чинників, над подоланням яких варто працювати в комплексі, адже це впливатиме також на якість виконання судових рішень.

Здобуття довіри громадян до судової влади, зміцнення її авторитету – це одне з найважливіших завдань, що стоїть перед судовою владою та владою у цілому в державі, що значно вплине на якість виконання судових рішень.

Необхідно розробити цілісну державну стратегію вирішення глобальної для України проблеми невиконання судових рішень, яка потребує зусиль усіх гілок влади з урахуванням європейських стандартів та вимог.

¹ Полуніна О.О. Проблеми невиконання судових рішень в Україні. Новели цивільного процесуального законодавства: *Представництво*: матеріали міжнар. наук.-практ. конфер.; до 150-ї річниці з дня відкриття першої судової палати у м. Одеса (м. Одеса, 16 травня 2019 р.) / за заг. ред. д.ю.н., проф. Н.Ю. Голубевої. Одеса Фенікс, 2019. С. 109.

² Фокіна А.О. Удосконалення стадії виконання судових рішень в національній правозастосовній практиці та європейських країнах. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 3. С. 183.

³ Горбань Н.С. Про проблемні аспекти виконання рішень європейського суду з прав людини в Україні. *Національний юридический журнал: теорія і практика*. 2019. № 1. С. 135.

⁴ Очкольда М. Відповідальність за невиконання рішень суду за новим законом. *Закон і Бізнес*. 2014. URL: <https://cutt.ly/WyV96wb>

⁵ Національна безпека і оборона. *Український центр економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова*. 2019. № 3–4 (170–180). С. 9.

⁶ Горбань Н.С. Про проблемні аспекти виконання рішень європейського суду з прав людини в Україні. *Національний юридический журнал: теорія і практика*. 2019. № 1. С. 136.

⁷ Неповага до суду: вимоги закону і практика. *Українське право*. 2018. URL: <https://cutt.ly/RyV98xJ>

⁸ Інструменти зміцнення довіри до суду в Україні. *Аналітична записка. Центр економічної стратегії*. 2019. С. 8–23.

⁹ Ставлення громадян України до судової системи. Звіт за результатами дослідження «Ставлення громадян України до судової системи». *Український центр економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова*. 2019. URL: <https://cutt.ly/ayV90HP>

¹⁰ Москвич Л.М. Суспільна довіра до суду як показник ефективності судової влади. Проблеми судово-правової реформи. *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 2 (126). С. 28.

Резюме

Вишнеvsька А.А. Вплив недовіри до судової влади на виконання судових рішень в Україні.

У статті представлені одні із важливих чинників, які впливають на виконання судових рішень. Зокрема, недовіра та неповага до судової влади. Визначено важливі засоби підвищення суспільного авторитету суду – правова реклама, діяльність українських ЗМІ в даному напрямі. Зазначено про важливість підвищення рівня довіри та поваги до суду шляхом підвищення рівня правосвідомості та правової культури, особливо серед молоді, підлітків. Тим самим це дасть змогу виховати наступне покоління з належним рівнем правової свідомості та культури, що, в свою чергу, попередить негативні наслідки їх відсутності.

Ключові слова: невиконання судових рішень, судова влада, довіра до суду, правова свідомість.

Резюме

Вишнеvsькая А.А. Влияние недоверия к судебной власти на исполнения судебных решений.

В статье представлены одни из важных факторов, влияющих на исполнение судебных решений. В частности, недоверие и неуважение к судебной власти. Определены важные средства повышения общественного авторитета суда – правовая реклама, деятельность украинских СМИ в данном направлении. Отмечено важность повышения уровня доверия и уважения к суду путем повышения уровня правосознания и правовой культуры, особенно среди молодежи, подростков. Тем самым это позволит воспитать следующее поколение с надлежащим уровнем правового сознания и культуры, что, в свою очередь, предупредит негативные последствия их отсутствия.

Ключевые слова: неисполнение судебных решений, судебная власть, доверие к суду, правовая осознанность.

Summary

Anastasiia Vyshnevskaya. The impact of distrust of the judiciary on enforcement of court decisions in Ukraine.

The issue of enforcement of court decisions remains quite relevant today, despite the large number of studies conducted on this topic.

In Ukraine, the issue of reforming the system of enforcement of court decisions is quite acute.

Non-execution of court decisions or its poor execution leads to the loss of the very meaning of justice, it undermines the credibility of the judiciary in particular and the government in general.

Complaints about the activities of the judiciary exist both among citizens and among representatives of other branches of government, which has an extremely negative impact on the authority of the judiciary, the judiciary itself and the activities of the state as a whole. Ukraine's judicial system is based on trust and respect for it, on confidence in its independence, impartiality and justice.

The problem of non-enforcement of court decisions in Ukraine sharply undermines the authority of the state, because it is a signal of mass violations of human rights, but also causes significant distrust of Ukrainian society to the current government.

Only through the full implementation of court decisions the fundamental principles of the world democratic system are realized: humanism, justice and the rule of law.

An important way to increase trust and respect for the court is to form a legal culture and legal awareness of citizens, a greater understanding of the importance of the court.

It is also important to remember that people who provide court services are the face of justice. They have the greatest influence on the formation of the authority of the judiciary, and consequently trust in it.

It is necessary to introduce verification of candidates in local courts for compliance with the criteria of integrity and professional ethics.

Among the most important tasks facing the judiciary in the state – is to gain the trust of citizens, strengthen their authority and increase social status in society, which will significantly affect the quality of execution of court decisions.

Key words: non-enforcement of court decisions, judiciary, trust in the judiciary, legal awareness.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.49

УДК 347.9

А.Г. ГУЛИК

*Андрій Григорович Гулик, суддя Львівського
окружного адміністративного суду**

ORCID: 0000-0001-5390-1812

ФОРМИ ТА СПОСОБИ ОПТИМІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Постановка проблеми. Оптимізація як явище і наукова категорія сьогодні міцно асоціюється з сучасним життям. Економічне зростання і розширення руху товарів, робіт і послуг вимагають істотної зміни в більшості областей людської діяльності, пошуку балансу між заявленими високими цілями, засобами їх досягнення і вихідними характеристиками такої діяльності. Мабуть, це в певному сенсі і пояснює той факт, що в багатьох сферах виробництва і споживання оперують сьогодні терміном «оптимізація».

Не залишається осторонь і право, як один із відомих регуляторів суспільних відносин. Адже право не завжди встигає за економічними процесами та зростанням, що викликаються ними, за становленням і розвитком суспільства й новими суспільними відносинами, котрі складаються в ньому. Найчастіше воно запізнюється в своєму русі, змушене навздогін шукати правові форми, які б адекватно відображали нові економічні і соціальні зв'язки суб'єктів. І в цьому плані, мабуть, оптимізація являє собою об'єктивно існуюче явище, яке сприяє досягненню намічених цілей шляхом визначення найкращої системи здійснюваних дій. Правомірна постановка питання і про те, що оптимізація в праві – це один із засобів удосконалення регулювання суспільних відносин.

Висловлювані положення в цілому можуть бути вельми застосовні й до цивільного процесуального права та цивільного судочинства як невід'ємного предмета його вивчення. Вивчення оптимізації цивільного судочинства ставить перед дослідником завдання щодо встановлення всіх істотних характеристик даного явища. До числа таких характеристик, безсумнівно, можна віднести питання форм і способів оптимізації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До проблеми оптимізації цивільного судочинства в аспекті удосконалення цивільного процесуального законодавства зверталися такі провідні вітчизняні вчені-процесуалісти, як: Ю.В. Білоусов, С.С. Бичкова, В.І. Бобрик, Н.Л. Бондаренко-Зелінська, О.В. Гетманцев, К.В. Гусаров, О.В. Дем'янова, І.О. Ізарова, В.В. Комаров, В.А. Кройтор, М.П. Курило, Ю.В. Навроцька, Ю.Д. Притика, Г.П. Тимченко, С.Я. Фурса та інші. Проте так і залишаються малодослідженими питання структурної характеристики оптимізації цивільного судочинства, точніше кажучи, питання форми і способів такої оптимізації.

Мета статті. Мета даної статті полягає в розробленні теоретичних положень щодо основних можливих форм і способів оптимізації цивільного судочинства.

Виклад основного матеріалу. Форма і зміст як парні філософські категорії невіддільні одна від одної. Власне, саме форма обумовлює більш повне розкриття її змісту. Як зазначає у цьому зв'язку К.А. Царегородцева, форма, виступаючи зовнішнім вираженням оптимізації, обумовлена її змістом. Вчена пропонує виділяти законодавчу та правозастосовну форми оптимізації цивільного судочинства.

Законодавча форма оптимізації може виражатися як у прийнятті нового процесуального кодексу, реформи законодавства, так і в змінах окремих норм права. Правозастосовна форма оптимізації ґрунтується насамперед на використанні наявного законодавчого потенціалу в роботі судів щодо здійснення правосуддя. Правозастосовна форма оптимізації можлива на основі аналізу судової практики. Крім того, правозастосовна форма оптимізації виражається і в забезпеченні однаковості правозастосування¹.

© А.Г. Гулик, 2020

* *Andriy Gulyk, Ph.D. in Law, judge of Lviv District Administrative Court*

На правозастосовну форму оптимізації звертає увагу і В.В. Шпак. Дослідник обґрунтовує думку, що крім функцій правосуддя і контролю суди також здійснюють функцію оптимізації цивільного судочинства. Виділення такої функції багато в чому базується на тому положенні, що фактично з урахуванням сформованої правозастосовної практики судовий прецедент має схоже становище з джерелом права. Підсумком авторських міркувань стала теза про те, що оптимізація як функція органів судової влади являє собою одну з функцій Верховного Суду, змістом якої виступає роз'яснення чинного законодавства на основі даних судової практики з метою подолання наявних колізій і прогалин законодавства для досягнення завдань цивільного судочинства².

Ми солідарні з думками цитованих автора, хоча і з деякими застереженнями. Оптимізація передбачає новелізацію цивільного законодавства або внесення певних змін у вже діючі правила здійснення цивільної процесуальної діяльності. Це можливо лише в результаті проведення законодавчих робіт. Мабуть, це головна форма оптимізації цивільного судочинства. Що ж стосується правозастосовної форми, яку виділяє К.А. Царегородцева, то видається, що вона виступає лише в певному сенс передумовою законодавчої. Використання законодавчого потенціалу в роботі судів пов'язана, головним чином, з належною організацією судової діяльності. Звичайно, велику роль відіграють узагальнення та аналіз судової практики, що дає змогу побачити проблемні аспекти правозастосування, визначити найефективніші шляхи їх вирішення і досягти необхідної єдності судової практики.

Втім, К.А. Царегородцева й сама обмовляється, вказуючи, що оптимізація стосується не тільки вдосконалення процесуального законодавства, процедури розгляду та вирішення справ, а й впровадження організаційно-технічних засобів, котрі допомагають удосконалити роботу судів. В якості прикладу дослідниця наводить проблему електронного документообігу, використання договорів про електронний цифровий підпис тощо. У автора це так зване широке розуміння оптимізації.

Є ще й вузьке розуміння оптимізації. У цьому контексті, з точки зору К.А. Царегородцевої, оптимізація охоплює вдосконалення інститутів та норм цивільного процесуального законодавства і правозастосовної практики, що дає змогу найкращим чином досягти виконання завдань цивільного судочинства.

У другому випадку оптимізація здійснюється різними способами, до яких можна віднести наступні:

- 1) вдосконалення усього механізму відправлення правосуддя у цивільних справах;
- 2) створення та удосконалення окремих інститутів, спеціально спрямованих на оптимізацію судочинства;
- 3) виявлення та усунення суперечностей у чинному законодавстві;
- 4) забезпечення однаковості судової практики³.

На думку автора, перераховані способи мають єдину мету – забезпечення швидкого та якісного здійснення правосуддя, але вони різняться за сферою свого застосування. У зв'язку з цим способи оптимізації судочинства можна підрозділити на загальні та спеціальні. До загальних способів можна віднести ті, які сприяють оптимізації усього механізму відправлення правосуддя. Спеціальні способи оптимізації – цілеспрямовано створені інститути для прискорення, спрощення процедури розгляду справ⁴.

Продовжуючи авторські міркування в обраному напрямі, К.А. Царегородцева зазначає, що вдосконалення механізму здійснення правосуддя, виявлення суперечностей у чинному законодавстві та відсутність єдності правозастосовної діяльності охоплюють весь процес або його стадії, види судочинства. Вдосконалення процесуального механізму передбачає виявлення окремих інститутів або норм, які в сукупності є гальмом у досягненні цілей судочинства. До загальних способів оптимізації можна віднести: оптимізацію процесуальних строків та оптимізацію стадій цивільного судочинства: порушення справи; підготовка справи; розгляд і вирішення справи по суті; всі види перегляду судових актів.

Водночас оптимізація цивільного судочинства, охоплюючи весь механізм здійснення правосуддя, разом із тим може стосуватися окремих норм, правових інститутів. Створення і впровадження спеціальних інститутів, спрямованих на прискорення або спрощення процедури судочинства, не передбачає вдосконалення усього механізму судочинства.

Спеціальні способи оптимізації судочинства спрямовані на розробку і впровадження певних засобів прискорення або спрощення процедури розгляду і вирішення цивільних справ судами. До таких спеціально створених способів належать: спрощене провадження; наказне провадження; заочне рішення; примирні процедури; запровадження скорочених строків розгляду справ⁵.

Як бачимо, оптимізація виступає певним інструментарієм оцінки цивільного судочинства, а також можливих напрямів його перетворення. Не викликає сумнівів той факт, що оптимізацію можна вивчати як з позиції стадійності та процесуальної форми здійснення цивільної процесуальної діяльності, так і з позиції реалізації окремих норм та інститутів цивільного права. При цьому процедури примирення та процесуальні строки скоріше можна віднести до загальних положень цивільного процесу, у зв'язку з чим їх віднесення до спеціальних способів оптимізації досить дискусійне.

К.А. Царегородцева має рацію в тому, що оптимізацію не можна зводити виключно до спрощення та прискорення цивільного процесу. Як не можна зводити вдосконалення цивільного процесуального законодавства лише до його прискорення й спрощення. Хоча автор далі і допускає змішання цих категорій, вважаючи, що оптимізація складається з гармонійного поєднання продуманості процесуальних норм і гнучкості процесуальної форми з метою прискорення досягнення цілей судочинства. Це прискорення може досягатися шляхом спрощення процесу, надання йому гнучкості, налагодженості усього механізму, прагнення до однаковості практики⁶.

Не обходить даний дослідник і питання співвідношення оптимізації та ефективності. Підкреслюючи тісний зв'язок ефективності та оптимізації, автор розглядає ефективність цивільного судочинства як міру

відповідності правової реальності нормам права, а оптимізацію – як сукупність засобів, що забезпечують найбільш швидке і легке досягнення цілей судочинства. Оптимізація цивільного судочинства – це шлях до підвищення його ефективності⁷.

Розділяючи багато в чому зазначені аспекти форм і способів оптимізації цивільного судочинства, тим не менш, висловимо низку загальних положень, що мають відношення до розглянутої проблеми. Однак спочатку зазначимо, що методологічним підґрунтям тут стануть підходи, розроблені Х.А. Джавадовим стосовно аналізу ефективності цивільного судочинства⁸.

Вважаємо, що вони можуть бути затребувані і при осмисленні проблематики оптимізації цивільного процесу.

Оптимізацію слід розглядати як складну і комплексну правову категорію. Можна вивчати в цілому порядок розгляду і вирішення цивільних справ або сконцентрувати свою увагу на більш вузьких питаннях змісту окремих стадій або проваджень. Не виключена увага до питань формування адекватної судової практики з цивільних справ. Будь-який зріз цивільної процесуальної діяльності можна вивчати з позиції оптимізації.

У цьому зв'язку правомірно ставити питання про систему теоретичних поглядів на оптимізацію цивільного процесу, які відображають структуру цивільного судочинства. Розглядаючи оптимізацію цивільного судочинства як загальний напрям наукового пошуку, в його межах можуть бути досліджені питання оптимізації окремих стадій та проваджень цивільного процесу. Або навпаки, осмислення діяльності суб'єктів цивільного процесу можна проводити крізь призму її оптимізації. Так само, як і аналіз процесуальних засобів забезпечення реалізації завдань цивільного судочинства можливий за допомогою дослідження оптимізації. Тобто ми бачимо досить широке застосування категорії, що розглядається.

Висновки. Проведене дослідження дає підстави для висновку, що оптимізація виступає певним інструментарієм оцінки цивільного судочинства, а також можливих напрямів його змін. Це можливо лише в результаті проведення законодавчих робіт. Мабуть, це – головна форма оптимізації цивільного судочинства. Що ж стосується правозастосовної форми, то видається, що вона виступає лише в певному сенсі передумовою законодавчої. Використання законодавчого потенціалу в роботі судів пов'язана передусім з належною організацією судової діяльності. Звичайно, велику роль відіграють узагальнення та аналіз судової практики, що дає змогу побачити проблемні аспекти правозастосування, визначити найефективніші шляхи їх вирішення і досягти необхідної єдності судової практики.

Оптимізацію важливо вивчати як з позиції стадійності та процесуальної форми здійснення цивільної процесуальної діяльності, так і з позиції реалізації окремих норм та інститутів цивільного права. Правомірно ставити питання про систему теоретичних поглядів на оптимізацію цивільного процесу, які відображають структуру цивільного судочинства. Розглядаючи оптимізацію цивільного судочинства як загальний напрям наукового пошуку, в його межах можуть бути досліджено питання оптимізації окремих стадій та проваджень цивільного процесу. Або навпаки, осмислення діяльності суб'єктів цивільного процесу можна проводити крізь призму її оптимізації. Так само, як і аналіз процесуальних засобів забезпечення реалізації завдань цивільного судочинства можливий за допомогою дослідження оптимізації.

¹ Царгородцева Е.А. Способы оптимизации гражданского судопроизводства: дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 51–52.

² Шпак В.В. Оптимизация гражданского судопроизводства: дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2019. С. 31, 35–36.

³ Царгородцева Е.А. Способы оптимизации гражданского судопроизводства: дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 52.

⁴ Там само. С. 52–53.

⁵ Там само. С. 53–54.

⁶ Там само. С. 54.

⁷ Там само. С. 55–56, 58.

⁸ Джавадов Х.А. Проблемы эффективности гражданского судочинства. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. С. 32–33.

Резюме

Гулик А.Г. Форми та способи оптимізації цивільного судочинства.

Стаття присвячена дослідженню форм та способів оптимізації цивільного судочинства.

Обґрунтовується, що оптимізація виступає певним інструментарієм оцінки цивільного судочинства, а також можливих напрямів його змін. Аргументується, що головна форма оптимізації цивільного судочинства – це проведення законодавчих робіт.

Доводиться, що з точки зору способів оптимізацію необхідно розглядати як з позиції стадійності та процесуальної форми здійснення цивільної процесуальної діяльності, так і з позиції реалізації окремих норм та інститутів цивільного права. Автор вважає, що в межах вивчення оптимізації цивільного судочинства можуть бути розглянуті питання оптимізації окремих стадій та проваджень цивільного процесу. Крім того, осмислення діяльності суб'єктів цивільного процесу також необхідно проводити крізь призму її оптимізації та ефективності. Так само, як і аналіз процесуальних засобів забезпечення реалізації завдань цивільного судочинства можливий за допомогою дослідження оптимізації.

Ключові слова: оптимізація цивільного судочинства, форми оптимізації, способи оптимізації, цивільна процесуальна форма, судові процедури.

Резюме

Гулик А.Г. Формы и способы оптимизации гражданского судопроизводства.

Статья посвящена исследованию форм и способов оптимизации гражданского судопроизводства. Обосновывается, что оптимизация выступает в качестве определенного инструментария оценки гражданского судопроизводства, а также возмож-

них направлений его изменений. Аргументируется, что главной формой оптимизации гражданского судопроизводства является проведение законодательных работ по совершенствованию гражданского процессуального законодательства.

Доказывается, что с точки зрения способов оптимизацию необходимо рассматривать как с позиции стадийности и процессуальной формы осуществления гражданской процессуальной деятельности, так и с позиции реализации отдельных норм и институтов гражданского процессуального права.

Автор считает, что в пределах изучения оптимизации гражданского судопроизводства могут быть рассмотрены вопросы оптимизации отдельных стадий и производств гражданского процесса. Кроме того, осмысление деятельности субъектов гражданского процесса также необходимо проводить сквозь призму ее оптимизации и эффективности. Так же, как и анализ процессуальных средств обеспечения реализации задач гражданского судопроизводства возможен с помощью исследования проблем оптимизации.

Ключевые слова: оптимизация гражданского судопроизводства, формы оптимизации, способы оптимизации, гражданская процессуальная форма, судебные процедуры.

Summary

Andriy Gulyk. The forms and methods of optimization of civil procedure.

The article covers structural characteristics of optimization of civil procedure. It is noted that the study of optimization of civil procedure determines the establishment of all essential characteristics of this phenomenon. Among them, undoubtedly, one should refer to the issues of forms and methods of optimization.

It is substantiated that optimization involves the novelization of civil procedural legislation or certain amendments to the rules in force of carrying out civil procedural activities. It is possible only as a result of legislative work. This is the main form of optimization of civil procedure.

It is proved that judicial enforcement is a prerequisite of the legislative form of optimization. In this case, generalization and analysis of judicial practice play an important role, allowing discerning the problematic aspects of law enforcement, determining the most effective ways to resolve the relevant problems and achieving the necessary unity of judicial practice.

It is argued that optimization is a certain instrumentarium for assessing civil procedure, as well as possible directions for its transformation. It is emphasized that optimization should be studied both from the perspective of stages and procedural form of carrying out civil procedural activities, and from the perspective of implementing certain norms and institutions of civil procedural law. At the same time, the author relates the conciliation procedures and procedural periods to the general provisions of civil procedure rather than to special optimization methods.

It is substantiated that optimization, as well as improvement of civil procedural legislation, cannot be reduced solely to simplification and acceleration of civil procedure.

The author considers optimization of civil procedure as a complex legal category. It is noted that it is right to study the procedure for the consideration and resolution of civil cases in general or to concentrate on the narrower issues of the content of particular stages or proceedings. Attention may also be paid to issues of the formation of adequate judicial practice in civil cases. It is important to study any section of civil procedural activity from the perspective of optimization.

The author believes that within the framework of studying optimization of civil procedure, issues of optimization of particular stages and proceedings of civil procedure can be considered. Moreover, the comprehension of the activities of subjects of civil proceedings also needs to be carried out in the light of its optimization and efficiency. In the same way, the analysis of the procedural means of ensuring the realization of the task of civil procedure is possible through the study of optimization problems.

Key words: optimization of civil procedure, forms of optimization, methods of optimization, civil procedural form, judicial procedures.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.50

УДК 336.64:629.5

І.О. ДАНИЛОВА

*Ірина Олександрівна Данилова, старший викладач Навчально-наукового морського Гуманітарного інституту Одеського національного морського університету**

ORCID: 0000-0002-3174-477X

ЩОДО ОКРЕМИХ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ ПЕРЕДУМОВ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТКУ ТРАНСПОРТНОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Ефективне правове забезпечення правовідносин, що складаються в царині транспортного права на сучасному етапі державотворення, неможливе без історичного огляду передумов становлення й розвитку транспортного права як комплексної галузі права. Окремої школи транспортного права ні в колишньому СРСР, ані в Україні не було утворено, тому сьогодні дослідження проблем транспортного права і розробку пропозицій з їх подолання здійснюють вчені, які належать до наукових шкіл господарського, цивільного та адміністративного права.

© І.О. Данилова, 2020

* *Iryna Danilova, Senior Lecturer of the Primary Nautical Humanitarian Institute of Odessa National Maritime University*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, таких як Н.О. Валявська, Л.О. Гришина, І.Ф. Переверзева, В.В. Прокопенко, Н.Б. Савіна, Н.М. Тимченко, Л.М. Філіпішина, М.Л. Шелухін та ін.

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження окремих історико-правових передумов становлення і розвитку транспортного права як невід'ємної складової вивчення проблематики правового регулювання діяльності водного транспорту України.

Виклад основного матеріалу. У визначенні поняття транспортного права ключовим словом є термін «транспорт». Слово «транспорт» походить від латинського «transporto» – перенести, перемістити, перевезти, тобто означає переміщення людей та вантажів і являє собою одну із найважливіших галузей суспільного матеріального виробництва¹. Сучасний юридичний словник визначає прихід слова «транспорт» до української мови із французької та німецької, де існувало слово «transport», яке у свою чергу походить від латинського «transportare» – переносити, переміщувати. Тому зараз під даним словом розуміється галузь народного господарства, покликана забезпечити економічні, організаційні та соціальні зв'язки різних сфер економіки і задовольнити потреби суспільного виробництва та населення в перевезеннях. При цьому основною метою господарської діяльності підприємств транспорту визначається перевезення пасажирів, вантажів, багажу та пошти, надання інших транспортних послуг, перевезення та ремонт транспортних засобів і шляхів сполучення².

У цілому транспорт – це специфічна комунікаційна інфраструктурна галузь матеріального виробництва і сфери обслуговування, яка забезпечує потреби населення й господарства з усіх видів перевезень³. Транспортне право – це наука, галузь права та навчальна дисципліна, що досліджує, вивчає та розкриває цивільно-, адміністративно-, господарсько-правові й інші правовідносини із володіння, користування та розпорядження транспортними засобами, забезпечення функціонування єдиної транспортної системи, надання послуг із перевезення вантажів та пасажирів, що виникають та діють між громадянами України, іноземцями, суб'єктами господарювання, державними органами, спираючись на загальноправові та окремі галузеві принципи, і пропонує напрями й механізми вдосконалення законодавства та правової практики з метою задоволення потреб держави, суб'єктів господарювання та фізичних осіб – громадян у перевезенні вантажів і пасажирів⁴.

Таким чином, транспортне право є комплексною галуззю права, а залежно від переважаючих правовідносин його можна розглядати як частину цивільного, господарського чи адміністративного права.

Слід сказати, що на відміну від самостійних галузей права в Україні немає жодної наукової школи з транспортного права, хоча питання регулювання діяльності єдиної транспортної системи, окремих її елементів, транспортних договорів, законодавства про транспортну діяльність інтенсивно вивчалися вітчизняними вченими з появи перших парових, електричних та інших транспортних засобів із двигунами внутрішнього згоряння (з кінця XIX ст.). Врегулювання проблемних питань у транспортній сфері здійснювалося з позицій цивільного та адміністративного права. Однак окремої школи транспортного права в колишньому СРСР і в Україні утворено не було. Сьогодні дослідження проблем транспортного права і розробку пропозицій з їх подолання здійснюють вчені, які належать до наукових шкіл господарського, цивільного та адміністративного права. У межах цих шкіл працюють окремі групи вчених або наукові відділи, що здійснюють дослідження з метою удосконалення транспортного законодавства.

Зауважимо, що історія різних видів транспорту є різною. Так, історія морського транспорту нараховує кілька тисячоліть. З Давнього Риму, де на державному рівні проводилося будівництво доріг, мостів, портів, гребель та парусних човнів та кораблів (галер), колісниць прийшов вираз: «Via est vita» – дорога – це життя.

Спочатку розвиток транспорту відбувався у межах підготовки та ведення військових справ. Транспортні засоби використовувалися більшою мірою для перевезення римських легіонів, військової амуніції, зброї та їстівних припасів. Але пізніше з розвитком торгівлі транспорт використовувався у мирних цілях і швидко розвивався. Зі зростанням міжнародної торгівлі і обміну між різними племенами та країнами у давньому світі почали швидко розвиватися морська торгівля і надання послуг з перевезення товарів та пасажирів морським транспортом.

Слід також обговорити, що задовго до Давнього Риму транспортна сфера з'явилася у Стародавньому Китаї, Персії та грецьких містах-державах. Давнім грекам і римлянам були відомі морські шляхи до Криму, північного причорномор'я та приазов'я, річні шляхи по Борисфену (сучасному Дніпру) та Танаїсу (сучасному Дону). Вони активно торгували зі скіфами, пізніше – скіфо-сарматською країною і Понтійським царством, що існували на території сучасної України. Завдяки торгівлі наші пращури долучалися до провідної світової культури, а крім морських поступово розвивали і сухопутні шляхи до європейських держав.

На зміну грецьким морським і торговим містам – центрам ремесла і морської торгівлі стародавнього світу прийшли центри світової торгівлі раннього середньовіччя – міста на території сучасної Італії – Генуя, Венеція, Піза, Амалфі, Ганза та ін., а пізніше – міста Іспанії та Португалії. У період Великих географічних відкриттів відбувається розвиток західноєвропейських країн – Іспанії, Португалії, а пізніше – Франції та Англії, в яких створюються великі купецькі компанії, що мають у власності переважну більшість тогочасних кораблів і монополізують морську торгівлю. Поступово розпочався перехід багатьох компаній виключно до надання послуг з перевезення чужих вантажів і вже у XV–XVI ст. ст. більшість судновласників та їх об'єднань спеціалізувалася виключно на перевезеннях, а транспорт як такий виділявся в самостійну галузь суспільного виробництва.

У Русі торгівля велася переважно річковим і морським шляхом «з варягів до греків», що пролягала від Скандинавського півострову Балтійським морем, Дніпром та Чорним морем до Візантії. Завдяки цьому торговому шляху мешканці Київської Русі будували човни і розвивали транспортну систему. Крім морських та

річкових шляхів територією сучасної України пролягав сухопутний шлях з Азії до Європи, що простягався з південного сходу до північного заходу нашої країни – легендарний «шлях аріїв», яким згідно з даними окремих істориків тисячі років тому з півострову Індостан до Західної та Північної Європи прийшло плем'я аріїв, що дало розвиток європейським народам. Саме цим шляхом до скіфів, сарматів, а пізніше – слов'ян, з Азії приходили купці і торговці, а купці стародавніх слов'ян (коливани) ішли торгувати до Азії. На півночі Русі у Новгородському князівстві транспортні коридори прокладалися морським шляхом південним берегом Північного льодовитого океану, Білого та Балтійського морів до європейських країн. Згодом з розростання князівств і утворення Російської імперії активно прокладалися водні транспортні шляхи Волгою і Каспійським морем.

У транспортному праві раніше за все розвивалося регулювання мореплавства та морської торгівлі. Саме там з'явилися перші правові звичаї. Завдяки правовим звичаям у Давньому Римі регулювалося перевезення вантажів, а збірка торгових звичаїв моря «Амальфітанська таблиця» в XI–XII ст. була визнана вантажовідправниками, перевізниками та вантажоотримувачами в усіх містах-державках Італії. У XIV – початку XVIII ст. торгові і морські звичаї було закріплено у французьких королівських ордонансах Людовика XIV «Про торгівлю» 1673 р. і «Про мореплавство» 1681 р.

Серед правових звичаїв, що застосовуються у транспортному праві, окремо виділяються портові звичаї (*customs of the port*), що являють собою встановлені практикою правила, які визначають взаємовідносини судовласника, вантажовідправника і вантажоотримувача при завантажуванні та розвантажуванні морського або річкового судна, нормування вантажних робіт, порядок розрахунку стояночного часу тощо. Портові звичаї застосовуються у випадках, коли угода морського перевезення не містить відповідних положень та вказівок. Якщо правові звичаї, які не суперечать чинному законодавству України, вважаються безумовними⁵. Можливість застосування портових звичаїв передбачена ст. 78 Кодексу торговельного мореплавства України⁶. Крім портових широко застосовуються звичаї торговельного мореплавства. Наприклад, відповідно до ст. 6 (щодо дозволу включення в договори, передбачені Кодексом торговельного мореплавства України, умов про застосування іноземного законодавства і звичаїв торговельного мореплавства у разі, коли сторони можуть відповідно до чинного Кодексу відступати від його правил); ст. 71 (у надзвичайних випадках, коли судно має тривалий час перебувати у відкритому морі і тіло померлого не може бути збережено, капітан судна має право віддати тіло морю згідно з морськими звичаями, про що складається відповідний акт і вноситься відповідний запис до судового журналу); ст. 146 (вантаж розміщується на судні за розсудом капітана, але не може бути поміщений на палубі без письмової згоди відправника, за винятком вантажів, перевезення яких на палубі допускається відповідно до чинних правил і звичаїв); ст. 293 (щодо можливості визначення виду аварії, обчислення розмірів загальної аварії та складання диспаші диспашером в умовах неповноти закону) Кодексу торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р.

Наступний етап розвитку транспорту було пов'язано із появою залізничного транспорту і пароплавів. В Російській імперії першу залізничну дорогу було відкрито у 1837 р. між Петербургом і Царським селом з метою перевезення пасажирів на прогулянки. Лише у 1851 р. було збудовано першу в Російській імперії стратегічно важливу дорогу між Петербургом і Москвою. З кінця 50-х рр. XIX ст. розпочалося інтенсивне будівництво залізничних доріг у Російській імперії: з 1865 р. по 1875 р. середній річний приріст російської залізничної мережі становив 1,5 тис. кілометрів, а з 1893 р. по 1897 р. – близько 2,5 тис. кілометрів. Вважається, що залізничний транспорт в Україні з'явився у 1866 р. з відкриттям залізничної дороги Одеса-Балта. До початку XX ст. залізничні дороги зв'язали між собою усі основні адміністративні, промислові і торгові центри між собою, з землеробськими регіонами, морськими і річковими портами.

Зауважимо, що чинний Статут залізниць України генетично пов'язаний із Загальним Статутом російських залізниць 1885 р., а через нього – із системою залізничного права майже усіх європейських континентальних держав, оформленою в міжнародній конвенції про перевезення вантажів по залізницях (так званої Бернської конвенції).

Цікаво буде відзначити, що з кінця XIX ст. в Європі і США проводилися розробки електричного транспорту (в Німеччині – на початку 80-х рр.) і вже в першій чверті XX ст. у багатьох містах світу з'явилися трамваї та тролейбуси. В СРСР вулицями більшості великих міст вони їздили уже в 30-ті рр. Перевагами електричного транспорту є його економічність та екологічність, простота в управлінні, недоліками – знижена маневреність і відносно невисока швидкість (проте невисока швидкість не стосується метро).

З початку XX ст. розвиток автомобільного, залізничного, водного транспорту міг повернутися у бік випуску та поширення однорейкового потягу, двохколісного автомобіля та абсолютно стійкого до хвиль і коливань водного й підводного транспорту. І досі залишається незрозумілим, чому не було продовжено дослідження і практичне використання у транспортних засобах принципу гіростату. Цей принцип полягає у тому, що транспортний засіб – потяг, автомобіль чи корабель завдяки роботі волчка (гіроскопу), що працює всередині, є стійким до земного тяжіння і не падає, спираючись на одну рейку (потяг) або знаходячись лише на двох колесах (автомобіль), так само не коливаючись від хвиль (корабель, підводний човен). У 1903 р. англійським інженером Луїсом Бреннаном було запатентовано гіроскопічний вагон, або точніше – моторну гіроскопічну платформу; у 1908 р. німецьким винахідником Августом Шерлем було побудовано гіроскопічний потяг на шість вагонів. Проте набагато простіші й досконаліші, ніж їхні системи з двома гіроскопами, винайшов російський юрист Петро Петрович Шиловський, який у 1909 р. запатентував гіроскопічний стабілізатор. У квітні 1914 р. за розробками П.П. Шиловського у Бірмінгемі фірмою «Уолслі» було побудовано гіроскопічний автомобіль – гірокар. Він успішно пройшов випробування вулицями Лондона, ефективно маневруючи серед чотирьохколісних автомобілів і обганяючи їх. Під час руху пасажири мінялися місцями, на зупинках виходили і заходили до автомобіля, проте він жодного разу не хилився в той чи інший бік і не

втрачав рівноваги. У 20-х рр. минулого століття групою інженерів під керівництвом П.П. Шиловського було розроблено проєкт однорейкової (монорейкової) колії і власне самого гіроскопічного потягу. Завдяки відносно важкому гіростату всередині потягу останній був спроможний їхати по одній колії, швидкість могла бути значно більшою від швидкості дворейкових потягів, залізничним мостом могла бути лише одна залізна балка або туго натягнений сталевий трос. Недоліком такого потягу була б необхідність будівництва на станціях опор для підтримки потягу у випадках, коли він стоятиме на місці більш ніж кілька годин і рух гіроскопа буде зупинитися. До кінця 1921 р. під Петроградом було прокладено 12 кілометрів однорейкової колії, а в 1922 р. Путіловський і Балтійський заводи отримали замовлення на будівництво потягу. Проте через складне становище у країні в травні 1922 р. усі роботи було зупинено⁷.

У середині ХХ ст. з'явився ще один вид транспорту – трубопровідний транспорт. Цей вид транспорту є найбільш новим, і саме за ним багато в чому має бути майбутнє. Зараз трубопровідний транспорт застосовується для перевезення важких вуглеводородів – етану, етилену, пропану, бутадієну, пропилену та ін., тобто нафти та газу. Інколи трубопроводи використовуються для транспортування питної води місцевістю зі складним ландшафтом чи іншими фізичними і географічними умовами, які не дають можливості використання простих каналів. Прогнозується використання трубопровідного транспорту для передачі на різні відстані рідкого та газоподібного кисню, водню, азоту, хлору, вуглецю, кислот і навіть продовольчих продуктів.

Висновки. У стародавньому і середньовічному світі становлення й розвиток транспортного права слід пов'язувати насамперед із військовими справами і морською торгівлею. У ці часи регулювання транспортної діяльності здійснювалося переважно завдяки різним торговим і морським звичаям.

¹ Большая Советская Энциклопедия: в 30 т. / гл. ред. А.М. Прохоров. 3-е изд. Москва: Сов. Энцикл., 1977. Т. 26: Тихоходки-Ульяново. С. 154.

² Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 2004. Т. 6: Т-Я. С. 119.

³ Савіна Н.Б., Криворучко О.П. Теоретичні аспекти розвитку транспортної системи як складової національної економіки України. *Вісник НУВГП*. 2019. Вип. 4(88). С. 267–280.

⁴ Шелухін М. Л. Транспортне право України. Академічний курс : підручник / за ред. М.Л. Шелухіна. Київ: Ін Юре, 2008. 896 с.

⁵ Барихин А.Б. Большой юридический энциклопедический словарь. Москва: Книжный мир, 2004. С. 451.

⁶ Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80#Text>

⁷ Черненко Г. По следам изобретателя гирокара. *Секретные материалы*. 2007. № 12(212). С. 24–25.

Резюме

Данилова І.О. Щодо окремих історико-правових передумов становлення і розвитку транспортного права.

У статті досліджено окремі історико-правові передумови становлення і розвитку транспортного права як комплексної галузі права. Підкреслюється, що регулювання транспортної діяльності у стародавньому і середньовічному світі здійснювалося переважно завдяки торговим і морським звичаям та вказується на застосування правових звичаїв у транспортному праві сьогодні.

Ключові слова: транспорт, транспортне право, транспортна система.

Резюме

Данилова І.А. В отношении отдельных историко-правовых предпосылок становления и развития транспортного права.

В статье исследуются отдельные историко-правовые предпосылки становления и развития транспортного права. Подчеркивается, что регулирование транспортной деятельности в средневековье осуществлялось преимущественно при помощи торговых и морских обычаев и анализируется применение правовых обычаев в транспортном праве сегодня.

Ключевые слова: транспорт, транспортное право, транспортная система.

Summary

Iryna Danilova. Regarding certain historical and legal preconditions for the formation and development of transport law.

The article examines some historical and legal prerequisites for the formation and development of transport law as a complex branch of law. It is emphasized that the regulation of transport activities in the ancient and medieval world was carried out mainly through trade and maritime customs, and points to the application of legal customs in transport law today.

Transport law is a complex branch of law, and depending on the prevailing legal relationship, it can be considered as part of civil, commercial or administrative law. There was no separate school of transport law in the former USSR and Ukraine. Today, research on the problems of transport law and the development of proposals to overcome them are carried out by scientists belonging to the scientific schools of commercial, civil and administrative law. Within these schools, there are separate groups of scientists or research departments that carry out research to improve transport legislation.

In transport law, the regulation of shipping and maritime trade developed first of all. It was there that the first legal customs appeared. Among the legal customs used in transport law, port customs (customs of the port) stand out.

In Russia, trade was conducted mainly by river and sea “from the Vikings to the Greeks”, which ran from the Scandinavian Peninsula, the Baltic Sea, the Dnieper and the Black Sea to Byzantium. Thanks to this trade route, the inhabitants of Kievan Rus built boats and developed a transport system. In addition to sea and river routes, the territory of modern Ukraine was a land route from Asia to Europe, stretching from southeast to northwest of our country – the legendary “Aryan route”, which according to some historians thousands of years ago from the Indian subcontinent to Western and Northern Europe came the Aryan tribe, which gave development to the European peoples.

The possibility of applying port customs is provided by Art. 78 of the Code of Merchant Shipping of Ukraine. In addition to ports, the customs of merchant shipping are widely used. For example, in accordance with Art. 6 (concerning the permission to include in the agreements provided by the Code of Merchant Shipping of Ukraine, conditions on application of foreign legislation and customs of merchant shipping in case the parties may deviate from its rules in accordance with the current Code); art. 71 (in emergency cases, when the vessel has to be on the high seas for a long time and the body of the deceased cannot be saved, the captain of the vessel has the right to give the body to the sea according to maritime customs, about which the corresponding act is made and the corresponding record is made; Art. 146 (cargo is placed on the ship at the discretion of the captain, but can not be placed on deck without the written consent of the sender, except for cargo, the carriage of which on deck is allowed in accordance with applicable rules and customs); art. 293 (concerning the possibility of determining the type of accident, calculating the size of the general accident and compiling the dispatch by the dispatcher in conditions of incompleteness of the law) of the Merchant Shipping Code of Ukraine of May 23, 1995.

Key words: transport, transport law, transport system.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.51

УДК: 347.51

Н.Т. ДУБИЦЬКА

*Наталія Тарасівна Дубицька, адвокат, здобувач
Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника**

ORCID: 0000-0001-7585-5431

МЕЖІ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Донедавна у своїх наукових працях дослідники мало говорили про межі *відповідальності*, а то й не порушували цю тему взагалі. **Постановка проблеми:** отже, назріла проблема, по-перше, дослідити це явище в українській правовій науці, по-друге, дати авторське визначення і, зрештою, окреслити детермінанти меж відповідальності у приватному праві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Деякі вчені¹ (у колективній монографії «Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення», підготовленій фахівцями різних галузей права за редакцією Р.А. Майданика, цивільно-правовій відповідальності, яка настає незалежно від вини (присвячено окремий підрозділ), вважали, що цивільна відповідальність має принцип відповідальності незалежно від вини» (відрізняємо «без вини», не тотожні поняття) і цим пояснювали й підстави звільнення від відповідальності, коли, зокрема, є певний «вихід за межі *винного діяння*». Але ніхто так і не окреслив цього питання у своєму дослідженні.

*Знавці цивільного права вжили термін «логічні межі» з метою покращення правового регулювання заходів процесуального примусу та юридичної відповідальності в цивільному процесі*². Чи тотожні термінопоняття «межі» відповідальності у приватному праві і вищезазначене «логічні межі»?

Мета даної статті. Це питання потрібно дослідити з огляду на значимість галузі приватного права та місця приватної відповідальності у праві взагалі. І це буде відповіддю на питання.

Так склалося історично, що первинна природна форма реалізації права у Стародавньому Римі передбачала застосування відповідальності за правопорушення шляхом санкціонування кровної помсти з метою задоволення інтересів потерпілого. Мірою відповідальності був *talio*. І це справедливо. Лише після того, як зникає уявлення про кровну помсту, формується інститут *obligationes ex delicto*. При цьому *delicta* та *crimena* розрізнялися лише за класифікацією порушених інтересів (відповідно, приватних та публічних). Перше тягло за собою відшкодування шкоди, друге – передбачало публічність покарання. Як видається, логічні рамки правової відповідальності лежать в основі юридичної відповідальності. Правова відповідальність – це відповідальність, що встановлюється згідно з вимогами ідеального (природного) права, його цінностей. Вона тісно пов'язана з принципами свободи, справедливості та рівності.

Щодо інших різновидів юридичної відповідальності, то маємо різноманітні за своєю спрямованістю та функціональним призначенням законодавчі приклади. Наприклад, ст. 219 ГК встановила межі господарсько-правової відповідальності, а також випадки, в яких розмір відповідальності учасника господарських відносин може бути зменшено або такий суб'єкт може бути звільнений від відповідальності.

За загальним правилом (ч. 1 ст. 219 ГК) за невиконання або неналежне виконання господарських зобов'язань чи порушення правил здійснення господарської діяльності правопорушник відповідає належним йому на праві власності або закріпленім за ним на праві господарського відання чи оперативного управління майном, якщо інше не передбачено ГК та іншими законами.

Засновники суб'єкта господарювання не відповідають за зобов'язаннями цього суб'єкта, крім випадків, передбачених законом або установчими документами про створення даного суб'єкта. Наприклад, учасники товариства з додатковою відповідальністю у разі недостатності майна товариства несуть додаткову солідарну відповідальність у визначеному установчими документами однаково кратному розмірі до вкладу кожного

© Н.Т. Дубицька, 2020

* *Nataliya Dubytska, Attorney, Researcher of Vasyl Stefanyk Precarpathian National University*

з учасників (ч. 4 ст. 80 ГК); учасники повного товариства несуть додаткову солідарну відповідальність за зобов'язаннями товариства усім своїм майном (ч. 5 ст. 80 ГК); таку ж відповідальність несуть і повні учасники командитного товариства (ч. 6 ст. 80 ГК). Інший приклад: об'єднання підприємств не відповідає за зобов'язаннями його учасників, а підприємства-учасники не відповідають за зобов'язаннями об'єднання, якщо інше не передбачено установчим договором або статутом об'єднання (ч. 4 ст. 123 ГК).

Згідно з ч. 3 ст. 219 ГК суд має право зменшити розмір відповідальності або звільнити відповідача від відповідальності, якщо правопорушенню сприяли неправомірні дії (бездіяльність) другої сторони зобов'язання. Але чи справедливим є це? Здавалося б, на риторичне запитання немає однозначної відповіді, адже величина «справедливості» – явище відносне. Однак, коли має місце так звана «змішана» відповідальність, то поєднуються комплексні види правовідносин первинно, кожна зі сторін має свій самостійний статус вимагати відшкодування завданої йому шкоди. Якщо ж остання не була узгоджена сторонами в договорі, то суб'єкт таких правовідносин вправі (і в такому цивільному делікті, такий алгоритм вирішення проблеми буде цілком обґрунтованим і законним) діяти на власний розсуд і доводити в суді самостійно (чи із залученням адвоката) завдану йому шкоду. Саме обсяг і розмір такої шкоди тоді будуть і мірою, тією правовою межею відповідальності особи правопорушника. Позаяк, вважаємо, що ці та інші питання визначення розміру шкоди, зокрема моральної, потребують окремого юридичного дослідження.

Розмірковуючи далі в цьому руслі щодо аналізу прикладів у чинному законодавстві визначення меж відповідальності, треба зауважити про такий: «Частиною 4 ст. 219 ГК встановлено, що сторони зобов'язання можуть передбачити певні обставини, які через надзвичайний характер них обставин є підставою для звільнення їх від господарської відповідальності у випадку порушення зобов'язання через зазначені обставини, а також порядок засвідчення факту виникнення таких обставин». Очевидно, що тут йдеться про обставини непереборної сили (форс-мажорні обставини).

Крім того, відповідно до ст. 617 ЦК особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку. Проте згідно з ЦК не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів.

Видається більш правильно говорити про межі приватної відповідальності в контексті захисту прав і свобод людини і громадянина. Оскільки на сьогодні є розширений перелік правомочностей суб'єкта правовідносин, то не варто говорити про те, що за умови відсутності відповідної норми права про порушення права людини останнє не буде вважатися порушенням. Тобто в контексті розгляду та аналізу правовідносин приватноправових можемо говорити про те, що логічно припускати так звані рамки (межі) відповідальності в кожній конкретній ситуації.

Тож виникає запитання: «межі відповідальності» – це розмір шкоди, характер і глибина моральної шкоди, яка визначається у розмірі, як правило, не більше майнової. І відповідь на це питання має бути ствердною.

Видається, що саме принципи, основоположні засадничі підвалини приватного права «справедливість, добросовісність і розумність» мають бути тими детермінантами для встановлення меж відповідальності. Така практика існує й сьогодні, зокрема, суддя оцінює справу за своїм внутрішнім переконанням, нововведенням в цьому ракурсі стало право судді вибирати норму права, якщо потрібно захистити порушене, невизнане, оспорюване право особи чи інтерес. І не випадково, адже, видається, це не є дискрецією суду, а так званою «інваріативною» імпліцитною поведінковою концепцією, яка сприятиме правосуддю *вийти за межі середнього рівня кваліфікації самими громадянами часто, то здійснити правосуддя якісно.*

У руслі аналізу останніх змін до чинного законодавства та взагалі наукової літератури перед дослідниками часто постають запитання: «чи лише розмір та характер шкоди є тими детермінантами визначення меж відповідальності? Чи достатньо лише матеріальної та/або моральної шкоди, чи можна віднести і до якого ж виду відповідальності, скажімо, вибачення у пресі або оголошене публічно?! Адже чи особа (людина) понесла певні моральні страждання? І чи є це моральна шкода? Не думаємо. Видається в межах кваліфікації правопорушення (делікту) досить часто треба розширювати перелік різновидів одного виду відповідальності для більш точного та ефективного захисту людини. Це можна обґрунтувати, на наше переконання, й тим фактом, що на сьогодні відсутній законодавчий чи навіть доктринальний приблизний перелік прав і свобод та види порушень за них. Так. В умовах реформування правової системи в Україні це було б і недоречно. Відтак, не зовсім аргументованим буде встановлювати чи обмежувати різновиди відповідальності за найскладніші види правопорушень у сфері приватноправових відносин, більш правильно буде говорити про встановлення логічних меж до розміру та характеру.

Не оминула ця проблематика і так званої «подвійної» відповідальності, яку ми дефініціювали у своїх попередніх працях як «поліфонізм (дуалізм)». Адже, як відомо, із загальної теорії права, за одне і те ж правопорушення може застосовуватися лише одне (абсолютно визначене або відносно визначене) стягнення у рамках одного виду юридичної відповідальності (так звана «одноразова відповідальність»). Відразу постає запитання: чи можливе застосування одночасно й штрафу, й пені, трьох відсотків річних та відшкодування моральної шкоди за одне правопорушення (делікт)? Скажімо, у ст. ст. 621, 622, 623, 624, 625 ЦК України йдеться про специфіку відповідальності за порушення грошового зобов'язання. *Так, у боржника, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання в натурі, можна стягнути за рішенням суду додаткові витрати компенсаційного характеру, якщо інше не встановлено договором чи законом. Але це правило діє лише в тому випадку, якщо інше не прописано в договорі, Тобто пріоритетом виступає договірна відповідальність в сфері перетину різних правовідносин. Якщо ж в договорі не передбачено чітко види та межі відповідальності, то потерпілий доводить в суді завдану йому шкоду. «Тонка межа», як*

кажуть, у стрімкому розвитку різних правовідносин, «немає єдиної демаркаційної лінії у поділі правовідносин за критерієм інтересу» (відомий вислів професора Покровського³). Хоча, на нашу думку, остання теза потребує перегляду. Як видається, треба встановити на законодавчому рівні межі розміру моральної шкоди, не перекладаючи на «плечі» цивілістів той факт, що така шкода не може бути більша як матеріальна в одному складі правопорушення. Адже така «калька» сприймається зарубіжними вченими як «совок пострадянський» і не більше. Нові інформаційні види правовідносин вимагають посиленої уваги правників у сфері визначення тієї межі, коли має бути гуманний підхід і розумний баланс «справедливості». Тому не єдиними детермінантами запропонованої формули визначення меж відповідальності є «добросовісність, розумність і справедливість».

Але проблему «одноразового» характеру цивільної відповідальності можна спробували вирішити й таким чином: зокрема, у ст. 16 ЦК України є перелік способів захисту прав та інтересів особи, який вимагає розширеного тлумачення.

Між тим, треба по-іншому поглянути на цей перелік, який вже досить довго вважається в нашій науці аксіоматичним. Зокрема, це стосується й порівняльного аспекту засобів захисту та заходів цивільної відповідальності. Точка зору про їх самостійні статуси не враховує того, що невідгдані, несприятливі наслідки (обтяження) майнового характеру і є одночасно заходами захисту. Хіба ж останні не покликані захистити відповідне право особи, яке хоч і вже порушене, але підлягає «відновленню». Скептики, не погодившись з такими формулюваннями, апелюватимуть до того, що за умови порушення права останнє вже неможливо буде повністю відновити, та чи хіба підлягає воно відновленню (приведення в попередній стан), що взагалі неможливо, зокрема, з точки зору формальної логіки.

Звідси, цілком закономірно, виникає запитання: якщо ж штраф та пеня є різновидами неустойки, то чи можливо в рамках законодавчої техніки застосування останніх за одне цивільне правопорушення. Вищий господарський суд України дав відповідь на це питання ствердно. Між тим, залишається упущеною проблема узгодження такої судової практики із основоположними конституційними засадами юридичної, а відтак і цивільної відповідальності. Так, Конституційний Суд України у своєму рішенні вказав, що засади цивільної відповідальності визначаються виключно законами України.

За загальним правилом, підставою відповідальності за ст. 625 ЦК України є сам факт порушення громадянином зобов'язання, яке випливає з прострочення боржника та неповернення позики відповідно в устанавлений договором строк. Між тим, для встановлення відповідальності важливе значення має саме ця обставина, а не факт незаконного використання боржником конкретної грошової суми. Таким чином, як випливає з вищенаведеного, реалізація позикодавцем свого права на отримання грошової суми, визначена ст. 625 ЦК України, зокрема, за невиконання грошового зобов'язання не залежить від того, доведе він чи ні понесені фактичні збитки, а також доводити розмір прибутку, який б отримав, незаконно користуючись його коштами.

Поряд із тим грошова сума, визначена ст. 625 ЦК України, фактично визначає собою своєрідну плату за користування чужими грошима, в розумінні певного еквіваленту їх вартості за невиконаний обов'язок. Отже, за своєю специфічною, до деякої міри єдиною унікальною природою, вони є спеціальною мірою цивільної відповідальності, яка не може бути віднесена ні до неустойки, ні до збитків. Очевидно, що виходячи з цього, слід дійти висновку, що й п. ст. 551 ЦК України до такої відповідальності застосоване не може бути, а, отже, ця грошова сума не може бути зменшено в силу неспівмірності з наслідками порушення зобов'язання.

Доволі багатоаспектним та проблематичним, як видається, виступає проблема розмежування ст. ст. 539 та 625 ЦК України, зокрема, як процентів за користування чужими коштами та 3 % річних. Причому щодо останніх, то в українській цивілістичній літературі вже утвердилася точка зору про те, що 3 % річних є не засобом забезпечення виконання зобов'язання, не формою цивільної відповідальності, не оперативно-господарською санкцією, а лише так званою платою за користування чужими грошима. Але чи є правильним таке твердження? Очевидно, останнє потребує перегляду.

Згідно з частиною другою ст. 536 ЦК України, розмір процентів за користування чужими грошима встановлюється законом, договором або актами цивільного законодавства.

Висновки. Слід резюмувати, очевидно, й те, що обидві тези про правові підстави для існування та розмежування різноманітних видів «меж» відповідальності мають у свою чергу прагматично та теоретично недосконалі й незавершені формулювання, які у свою чергу потребують уточнення, перегляду. Нові методологічні конструкції виникають «на горизонті» формулювання теоретико-правових дискусій та відображаються у модерному «техніко-юридичному» світогляді. Останнє, позаяк, відображається у сталому зв'язку із принципом «повного відшкодування» при застосуванні цивільної відповідальності.

Отже, з цього приводу можна виразити свою позицію таким чином: «Розмір зобов'язання, який ніяк не може бути забезпечено чи замінено наданням грошової суми, як вказують прихильники цього підходу, з юридичної точки зору не може стати предметом боргу».

Також можна дійти висновку, що неустойка в немайновому зобов'язанні виконує роль результативного засобу впливу на боржника при порушенні ним договору. Разом із тим варто зауважити, що характер правовідношення не змінюється.

В юридичній системі координат, як видається, ядром або серцевиною виступає все ж таки основоположний норматив «добросовісність, справедливість, розумність». На нашу думку, цей засадничий людино-центристський постулат мав би бути тим детермінантом, який формує «межі» відповідальності у приватному праві.

Щодо більш конкретних показників ідентифікації та визначення меж відповідальності, то варто згадати й про специфіку суб'єкта правопорушення, адже у сфері приватноправових відносин їх перелік є доволі роз-

галуженням і «об'ємним». Серед них і держава, і органи виконавчої влади, і фізичні особи, і суб'єкт господарювання.

Вважаємо досить послідовною тезу про те, що і договірна, і деліктна відповідальність можуть поєднуватися в рамках одного виду правовідносин. У цьому аспекті доречно буде наголосити про межі відповідальності, адже саме завдяки цьому приклад яскраво простежується (симбіоз) пріоритет договірної відповідальності (якщо в договорі передбачено більший розмір та обсяг збитків, то застосовуються договірні санкції), якщо ж у договорі не передбачено було межі відповідальності, то підлягатимуть використанню ті рамки, які будуть доведені у судовому порядку.

Здавалося б усе просто, аж ніяк! Перед нами часто постає багато проблем на практиці. Це пов'язано як з відсутністю чіткої регламентації визначення формули розміру моральної шкоди, так і єдиного підходу до встановлення тієї межі розміру та обсягу матеріальної шкоди, інших витрат (проценти за користування чужими грошима, інфляційні витрати тощо, компенсаційні витрати).

Таким чином, на сьогодні є нагальна потреба встановити на законодавчому рівні нормативи визначення як моральної шкоди, так і меж матеріальної шкоди. Пропонуємо визначити єдину матрицю такої дуалістичної моделі, яка б була універсальною і в сфері договірних відносин, і в сфері деліктних.

Ці проблемні аспекти правового регулювання меж відносин відповідальності у приватному праві потребують подальшого наукового дослідження у спектрі аналізу праволюдських проблем.

¹ У колективній монографії «Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення», підготовленої фахівцями різних галузей права, під редакцією Р.А. Майданік, цивільно-правовій відповідальності, яка настає незалежно від вини, присвячено окремий підрозділ Васильєва В.А., Подчерковній О.Р. *Господарське право України*. Харків: ООО «Одіссей», 2008.

² Безклубий І. До питання про підстави виникнення грошового зобов'язання. *Право України*. 2004. № 4. С. 57–60.

³ Покровский И.А. Возмещение вреда и разложение его. Дилеммы современного гражданского права в области ответственности за вред и убытки. Доклад в Киевском юридическом обществе. *Вестник права*. 1899. Т. 9. С. 1–39.

Резюме

Дубицька Н.Т. Межі відповідальності в приватному праві.

Метою даної роботи було показати і сформулювати межі відповідальності в аспекті дослідження одного із елементів її фактичної основи (делікта). Авторське бачення в цьому дослідженні подано. Аналізуються праці українських та зарубіжних вчених у сфері дослідження приватної відповідальності, її особливостях і пропонуються зміни в чинне законодавство України.

На основі теоретичних висновків вносяться пропозиції в чинне законодавство.

Ключові слова: цивільна відповідальність, межі відповідальності, індивідуальний характер приватної відповідальності, подвійна відповідальність, обов'язок, шкода, штрафні санкції.

Резюме

Дубицька Н.Т. Грани ответственности в частном праве.

Цель данной работы – показать и сформировать границы ответственности в аспекте исследования одного из элементов ее фактического основания (деликта). Устранить данный недостаток можно путем согласования всех норм института гражданской ответственности с указанными принципами. Анализируются труды украинских и зарубежных ученых к вопросу о гражданской ответственности, ее особенностях и предлагаются изменения в соответствующее законодательство Украины.

На основании теоретических выводов внесены предложения по совершенствованию действующего гражданского законодательства.

Ключевые слова: гражданско-правовая ответственность, границы ответственности, функции ответственности, индивидуальный характер гражданской ответственности, грани частной ответственности, гражданские охранительные правоотношения, ущерб.

Summary

Nataliya Dubytska. The legal borders of the responsibility in private law.

The given article is dedicated to the research of the conception and principles of civil responsibility and to the analysis of the dynamics and legal relationship's matter of civil responsibility, it is determined the functions and regulations of civil responsibility and it is considered several questions about conditions and effectiveness of civil responsibility in the dissertation.

The need of new meaning of the legal responsibility is attempt to set in the present article. In article the author's position on the question of the reinterpretation legal liability is proposed, problems of a civil liability in the system of the legal responsibility are investigated, works of the Ukrainian and foreign scientists are analyzed and changes in the legislation of Ukraine are offered.

The author of this article propose personal way of resolving the underlined problems. The deep analysez of the researchers of Ukrainian and foreign scholars are proposed.

One only priority arising from this research is need for greater familiarity with the substance and the meaning of long established human rights terminology in the languages through which this discussion is really proposed.

A new combination of substantive human rights information, drawn from a variety of sources and also professional terminology is clear. Meets a critical need in Ukrainian legal cooperation, the main vision in this research is definitely argued with the conditions regards the main learning about legal liability. Written in a clear form, this publications combines factual information, according to the nowadays legislation, with a variety points of view of majority scholars. The main purpose of this article is emphasized mainly through the legal "bridge" of diversity by top meaning. However, the author's point regards the borders of liability in private law is well-done indeed.

Notwithstanding its somewhat misleading name, it is clear that equitable form of liability can function, in some cases at least as a cause of action. The legal responsibility arising where a defendant breaches a contract or commits a delict may be seen as an ordinary (not twice) liability, as it depends on a delict by the defendant of a primary duty, imposed by the law of contract actually. The concept

of an equity by contract liability may appear to be somewhat fabulous. It is often said for example, that, even after the facts giving rise to the enable rights have occurred, but before any court order in his or her favour, a claimant has only an “inchoate equity», rather than any more specific right against the defendant. The conceptual doctrine fits well, on the other hand, with the idea of a primary liability altogether is presented by author

The legal borders of the private responsibility: The article is devoted to the multidisciplinary research about the borders of the private responsibility in the law system. The author vision in the research is emphasized mainly on the problem of determination

Key words: The borders of private liability, Private responsibility, state protection, moral compensation, the size of real damage, civil responsibility, dual responsibility, individual character, penalty, reimbursement of losses, obligation, damages, compensation, kind of legal liability.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.52

УДК 346.31; 346.91

С.М. МАМЕДОВА

*Світлана Маліківна Мамедова, аспірантка юридичного факультету Донецького національного університету імені Василя Стуса**

ORCID: 0000-0002-4479-3554

МАЙНОВИЙ СТАН СТОРІН ЯК ПІДСТАВА ЗМЕНШЕННЯ РОЗМІРУ ШТРАФНИХ САНКЦІЙ

Постановка проблеми. Відповідно до положень ч. 1 ст. 233 Господарського кодексу України (далі – ГК України) у разі якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно із збитками кредитора, суд має право зменшити розмір санкцій. При цьому слід враховувати: ступінь виконання зобов'язання боржником; майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні; не лише майнові, а й інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу¹.

З наведеного положення вбачається, що майновий стан сторін у разі якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно із збитками кредитора є однією з тих обставин, що обов'язково повинні враховуватися судами під час вирішення питання про зменшення розміру штрафних санкцій, але легального визначення поняття «майновий стан сторін» ст. 233 ГК України не містить, що тягне за собою неоднозначність у розумінні категорії «майновий стан» та залишає відкритим питання, який саме майновий стан сторін слід враховувати судам при такому зменшенні, що в свою чергу й зумовлює актуальність досліджуваної проблематики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню питання зменшення розміру штрафних санкцій приділили увагу ряд учених, таких як О.А. Адамовська², Н.Т. Петрицин³, О.П. Подцерковний⁴, К.В. Романчук⁵, З.Ф. Татькова⁶, О.С. Ткачук⁷, К.В. Шиманська⁸ та інші, проте питання майнового стану як окремої підстави зменшення розміру штрафних санкцій й досі залишається дискусійним та потребує подальшого теоретичного доопрацювання.

Метою статті є визначення ознак важкого майнового стану боржника та задовільного майнового стану кредитора, які можуть бути враховані судом при зменшенні розміру штрафних санкцій у правозастосовній діяльності.

Виклад основного матеріалу. Стосовно такої підстави зменшення розміру штрафних санкцій, як майновий стан сторін, слід підкреслити наступне: в положеннях ч. 1 ст. 145 ГК України визначено, що майновий стан сторін суб'єкта господарювання визначається сукупністю належних йому майнових прав та зобов'язань, що відображається в бухгалтерському обліку його господарської діяльності. Також Положенням про порядок здійснення аналізу фінансового стану підприємств, що підлягають приватизації, затвердженим Наказом Міністерства фінансів України та Фонду державного майна України від 26 січня 2001 р. № 49/121, встановлено, що фінансовий стан підприємства визначається як сукупність показників, що відображають наявність, розміщення і використання ресурсів підприємства, реальні й потенційні можливості підприємства⁸. У методичних рекомендаціях щодо аналізу фінансово-господарського стану підприємств або організацій Державної податкової адміністрації України (лист № 759/10/20-2117 від 27 січня 1998 р.) зазначається, що «фінансове положення (стан) є комплексним поняттям і відображає рейтинг підприємства на фінансовому ринку, його кредито- і податкоспроможність характеризується системою показників, які визначають на конкретну дату»⁹.

На доктринальному рівні визначення фінансового стану підприємства надається багатьма вченими. Зокрема, А.Г. Корбутяк та М.М. Бута вважають, що фінансовий стан підприємства – це економічна категорія, що визначає реальну (на фіксований момент часу) та потенційну фінансову спроможність підприємства забезпечити достатній рівень фінансування фінансово-господарської діяльності, певний рівень саморозвитку підприємства та спроможність погашення зобов'язань перед відповідними суб'єктами господарювання¹⁰.

© С.М. Мамедова, 2020

* *Svitlana Mamedova, Postgraduate student of Vasyl' Stus Donetsk National University*

М.Я. Дем'яненко визначає фінансовий стан підприємства як комплексне поняття, що відображає якісну сторону його виробничої та фінансової діяльності та є результатом реалізації усіх елементів зовнішніх і внутрішніх фінансових відносин підприємства. Він характеризується системою показників, які відображають стан капіталу в процесі його кругообігу, здатність розраховуватися за своїми зобов'язаннями і забезпечувати ефективне фінансування своєї виробничої діяльності на певний момент часу¹¹.

В.В. Осмолівський стверджує, що фінансовий стан – це комплексне поняття, яке характеризується забезпеченістю фінансовими ресурсами, необхідними для нормальної виробничої діяльності комерційних та інших суб'єктів господарювання, доцільністю й ефективністю їх розміщення і використання, фінансовими взаємовідносинами із суб'єктами господарювання, платоспроможністю та фінансовою стійкістю¹².

Проте надані визначення майнового стану та фінансового стану підприємства не дають розуміння того, який саме майновий стан сторін може бути взятий судами до уваги під час вирішення питання зменшення розміру штрафних санкцій за порушення господарських зобов'язань через відсутність такої деталізації в положеннях ст. 233 ГК України.

З.Ф. Татькова зазначає: можна припустити, що при вирішенні питання про зменшення штрафних санкцій суд повинен враховувати: важкий чи задовільний майновий стан кредитора; важкий чи задовільний майновий стан боржника. Разом із тим автор підкреслює, що важкий майновий стан кредитора навряд чи можна розглядати як підставу зменшення розміру штрафних санкцій, якщо є підстави вважати, що такий стан викликаний порушенням зобов'язань боржником, оскільки у такому випадку його можна віднести до доказів негативних наслідків, що спричинено таким порушенням. Не можуть слугувати підставою для зміни встановленого сторонами розміру штрафних санкцій і високі фінансові показники діяльності кредитора, оскільки цей факт жодним чином не виправдовує безвідповідального ставлення боржника до своїх обов'язків. Навряд чи може слугувати підставою для зменшення розміру відповідальності і задовільний майновий стан боржника, який має достатньо ресурсів для виконання зобов'язання, але не виконує його, оскільки це свідчить скоріше про зухвале нехтування ним своїми обов'язками і не може сприяти мінімізації розміру штрафних санкцій. Таким чином, автор у своєму дослідженні підкреслює, що судом до уваги, як правило, береться важке майнове становище боржника¹³.

Є дискусійним твердження науковця, зокрема, з приводу того, що не можуть враховуватись для зміни встановленого сторонами розміру штрафних санкцій високі фінансові показники діяльності кредитора через те, що ненадання доказів понесення збитків кредитора або відсутність таких збитків у зв'язку з простроченням виконання зобов'язання боржника є однією із тих обставин, за яких суди задовольняють вимогу щодо зменшення розміру штрафних санкцій. Тому задовільний стан кредитора на час прострочення виконання зобов'язання боржником є важливим при оцінці доказів щодо наявності факту понесення збитків кредитором та їх розміру.

Отже, при застосуванні такої підстави зменшення розміру штрафних санкцій як майновий стан сторін уявляється логічним врахування судами саме задовільного майнового стану кредитора та важкого майнового стану боржника. У зв'язку з вищезазначеним важливим є визначення того, що ж слід розуміти під задовільним майновим станом кредитора та важким майновим станом боржника.

Відповідно до Положення про порядок здійснення аналізу фінансового стану підприємств, що підлягають приватизації, затвердженим Наказом Міністерства фінансів України та Фонду державного майна України від 26 січня 2001 р. № 49/121, задовільний та незадовільний фінансовий стан підприємства характеризується наступним: задовільний фінансовий стан – це стійка ліквідність, платоспроможність та фінансова стійкість підприємства, його забезпеченість власними оборотними засобами та ефективне використання ресурсів підприємства; незадовільний фінансовий стан характеризується неефективним розміщенням ресурсів та неефективним використанням їх, незадовільною платоспроможністю підприємства, наявністю простроченої заборгованості перед бюджетом із заробітної плати, недостатньою фінансовою стійкістю у зв'язку з несприятливими тенденціями розвитку виробництва та збуту продукції підприємства.

У науковій літературі традиційною є позиція, згідно з якою виділяють чотири типи фінансового стану. В основі такого поділу лежить багаторівнева схема покриття запасів і витрат, тобто види фінансового стану виокремлюють на основі показників фінансової стійкості, а саме: 1) абсолютна фінансова стійкість – власні оборотні кошти повністю забезпечують запаси й витрати; 2) нормально стійкий фінансовий стан – запаси й витрати забезпечуються сумою власних оборотних коштів і довгостроковими позичковими джерелами; 3) нестійкий фінансовий стан – запаси й витрати забезпечуються за рахунок власних оборотних коштів, довгострокових позичкових джерел і короткострокових кредитів і позичок, тобто за рахунок усіх основних джерел формування запасів і витрат; 4) кризовий фінансовий стан – запаси й витрати не забезпечуються джерелами їх формування, підприємство перебуває на межі банкрутства¹⁴.

О.С. Титаренко у своїх дослідженнях, розмежовуючи два види фінансового стану підприємства, зазначає, що задовільний фінансовий стан – це ефективне використання ресурсів, можливість повністю й у належний термін відповісти за своїми зобов'язаннями; достатність власних засобів для уникнення високого ризику; гарантовані перспективи отримання прибутку; а у свою чергу, незадовільний фінансовий стан виявляється в незадовільній платіжній готовності, у неефективному використанні ресурсів і розміщенні засобів виробництва, їх імобілізації. Межею незадовільного фінансового стану підприємства, як підкреслює автор, є стан банкрутства, тобто нездатність підприємства відповісти за своїми зобов'язаннями¹⁵.

Проведений аналіз дає змогу дійти висновку, що для задовільного майнового стану кредитора характерна наявність наступних ознак: спроможність за рахунок власних коштів повністю забезпечити запаси й витрати; можливість повністю й у належний термін відповісти за своїми зобов'язаннями; стійка ліквідність; ефективне використання ресурсів підприємства; достатність власних засобів для уникнення високого ризику; гарантовані перспективи отримання прибутку.

У свою чергу, для важкого майнового стану боржника притаманні наступні ознаки: неефективне розміщення ресурсів, неефективне використання ресурсів, незадовільна платоспроможність підприємства, незабезпечення запасів й витрат джерелами їх формування, наявність простроченої заборгованості перед бюджетом, недостатня фінансова стійкість, перебування підприємства на межі банкрутства.

Отже, на сьогоднішній день поняття «майновий стан сторін» є оціночною категорією, невизначеність якої не сприяє сталості й однаковості судової практики, тому є доцільним врахувати запропоновані вище ознаки (критерії) майнового стану сторін, які повинні бути наявними у сторін при вирішенні судом питання про зменшення розміру штрафних санкцій.

Ще одним проблемним аспектом є не тільки розуміння категорії «майновий стан сторін», а й різні підходи щодо розміру зменшення штрафних санкцій з урахуванням наявності такого стану. Відповідно до проаналізованої судової практики щодо врахування важкого майнового стану боржника слід відзначити те, що суди раніше могли зменшити розмір штрафних санкцій на 90 %, як, наприклад, у справі № 920/437/19, в якій Постановою Верховного Суду від 7 листопада 2019 р. залишено без змін рішення попередніх інстанцій щодо задоволення вимог про зменшення розміру штрафних санкцій на 90 % через важкий майновий стан відповідача¹⁶. Зараз ця тенденція змінилася, і судова практика йде шляхом зменшення розміру штрафних санкцій в середньому на 50 % (відповідно до постанови Верховного Суду від 4 лютого 2020 р. у справі № 918/116/19¹⁷).

Таким чином, на сьогоднішній день судова практика під час прийняття рішення про зменшення розміру штрафних санкцій, беручи до уваги обставини важкого майнового стану відповідача, відходить від 90–99 % такого зменшення до в середньому 50 % зменшення штрафних санкцій, тим самим не допускаючи нівелювання значення штрафних санкцій як відповідальності за порушення господарського зобов'язання, що має насамперед на меті захист прав та інтересів добросовісного кредитора у зв'язку з порушенням його права на своєчасне отримання грошових коштів за надані ним послуги, виконані роботи тощо.

Відповідно до проаналізованої судової практики уявляється доцільним підтримати останні позиції судів щодо зменшення розміру нарахованих штрафних санкцій до середнього розміру та запропонувати визначити на законодавчому рівні допустимі межі зменшення розміру таких санкцій не більше ніж на 50 %.

Висновки. На основі проведеного дослідження питання майнового стану як підстави зменшення розміру штрафних санкцій зроблено наступні висновки:

1) обґрунтовано, що при оцінці майнового стану сторін має значення саме важкий майновий стан боржника та задовільний майновий стан кредитора на час виникнення прострочення виконання зобов'язання боржником. Останній є важливим при оцінці доказів щодо понесення збитків кредитором та їх розміру, оскільки ненадання доказів понесення збитків кредитором або відсутність таких збитків у зв'язку з простроченням виконання зобов'язання боржника є однією з підстав, при наявності якої суди задовольняють вимогу щодо зменшення розміру штрафних санкцій;

2) визначено ознаки, що характеризують задовільний майновий стан кредитора та важкий майновий стан боржника, зокрема, для задовільного майнового стану кредитора характерна: а) спроможність за рахунок власних коштів повністю забезпечити запаси й витрати; б) можливість повністю й у належний термін відповісти за своїми зобов'язаннями; в) стійка ліквідність; г) ефективне використання ресурсів підприємства; д) достатність власних засобів для уникнення високого ризику; е) гарантовані перспективи отримання прибутку. У свою чергу, для важкого майнового стану боржника притаманні наступні ознаки: а) неефективне розміщення ресурсів; б) неефективне використання ресурсів; в) незадовільна платоспроможність підприємства; г) незабезпечення запасів й витрат джерелами їх формування; д) наявність простроченої заборгованості перед бюджетом; е) недостатня фінансова стійкість; є) перебування підприємства на межі банкрутства;

3) запропоновано з метою забезпечення рівності охорони інтересів всіх господарських організацій на законодавчому рівні обмежити розмір зменшення штрафних санкцій до допустимих меж у розмірі не більш ніж на 50 % для усіх суб'єктів господарювання незалежно від форм їх власності.

¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 18–22. Ст. 144. (Із змінами).

² Адамовська О.А. Зменшення судом розміру штрафних санкцій. *Вісник господарського судочинства*. Київ : Юрінком Інтер, 2007. С. 130–136.

³ Петрицин Н.Т. Особливості та проблеми подвійної відповідальності в цивільному праві. *Інформація і право*. 2016. № 1(16). С. 167–179.

⁴ Подцерковний О.П. Щодо необхідності врахування теорії грошових зобов'язань у практиці вирішення господарських спорів. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2013. С. 271–282.

⁵ Романчук К.В., Шиманська К.В. Облік і оподаткування операцій з нарахування і стягнення штрафних санкцій з несумлінного боржника. *ISSN 1994-1749*. 2014. Вип. 3 (30). С. 351–365.

⁶ Татькова З.Ф. Відповідальність у формі сплати штрафних санкцій. *Науковий вісник Ужгородського університету*. 2011. № 15. С. 39–40 (Серія «Право»).

⁷ Ткачук А.О., Ткачук О.С. Кредитні спори: деякі спірні питання стягнення неустойки. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2013. № 5(14). С. 63–74.

⁸ Про затвердження положення про порядок здійснення аналізу фінансового стану підприємств, що підлягають приватизації: наказ Міністерства фінансів України та Фонду державного майна України від 26 січня 2001 р. № 49/121 *Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0121-01> (дата звернення: 02.06.2020).

⁹ Методичні рекомендації по аналізу фінансово-господарського стану підприємств та організацій: лист Державної податкової адміністрації України від 27 січня 1998 р. № 759/10/20-2117. *ЛІГА закон*. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua> (дата звернення: 02.06.2020).

¹⁰ Корбутяк А.Г., Бута М.М. Підходи до трактування поняття «фінансовий стан підприємства». *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2017. Вип. 16. Ч. 1. С. 149–153.

¹¹ Дем'яненко М.Я., Лузан Ю.Я. та ін. Фінансовий словник-довідник / за ред. Дем'яненка М.Я. Київ: ІАЕУААН, 2005. 507 с.

¹² Осмоловський В.В. Теория анализа хозяйственной деятельности. Москва: Новое знание, 2001. 307 с.

¹³ Татькова З.Ф. Відповідальність у формі сплати штрафних санкцій. *Науковий вісник Ужгородського університету*. 2011. № 15. С. 39–40 (Серія «Право»).

¹⁴ Бланк И.А. Основы финансового менеджмента. Киев: Ника-Центр: Эльга, 1999. Т. 2. 591 с.

¹⁵ Титаренко О.С. Сутнісна характеристика фінансового стану підприємства. *Науковий вісник Полтавського університету економіки і торгівлі*. 2012. № 3 (54). С. 180.

¹⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 7 листопада 2019 р. у справі № 920/437/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85470800> (дата звернення: 23.05.2020).

¹⁷ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 4 лютого 2020 р. у справі № 918/116/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87559744> (дата звернення: 01.05.2020).

Резюме

Мамедова С.М. Майновий стан сторін як підстава зменшення розміру штрафних санкцій.

У статті здійснено аналіз норм чинного законодавства, наукових позицій та судової практики щодо майнового стану сторін як підстави зменшення розміру штрафних санкцій, а також виокремлено ознаки, що характеризують важкий майновий стан боржника і задовільний майновий стан кредитора та запропоновано закріплення на законодавчому рівні обмежень допустимих меж зменшення розміру штрафних санкцій у відсотковому значенні.

Ключові слова: майновий стан, штрафні санкції, зменшення розміру штрафних санкцій, фінансовий стан підприємства, фінансова стійкість, стійка ліквідність, неплатоспроможність, задовільний майновий стан кредитора, важкий майновий стан боржника.

Резюме

Мамедова С.М. Имущественное положение сторон как основание уменьшения размера штрафных санкций.

В статье осуществлен анализ норм действующего законодательства, научных позиций и судебной практики по имущественному положению сторон как основания уменьшения размера штрафных санкций, а также выделены признаки, характеризующие тяжелое имущественное положение должника и удовлетворительное имущественное положение кредитора и предложено закрепление на законодательном уровне ограничений допустимых пределов уменьшения размера штрафных санкций в процентном значении.

Ключевые слова: имущественное положение, штрафные санкции, уменьшение размера штрафных санкций, финансовое состояние предприятия, финансовая устойчивость, устойчивая ликвидность, неплатежеспособность, удовлетворительное имущественное положение кредитора, тяжелое имущественное положение должника.

Summary

Svitlana Mamedova. Property status of the parties as a basis for reducing the amount of penalties.

The article analyses the current legislation, scientific standpoints and court practice on the property status of the parties as a basis for reducing the amount of penalties, as well as distinguishes the features that characterize the property status of the parties and offers the explanation of what kind of property status of the parties should be taking into account by the court when reducing fines.

Based on the analysis of scientific standpoints, legislation, and materials of court practice, it is substantiated that in assessing the property status of the parties the most important ones are two points: heavy property status of the debtor and satisfactory property status of the creditor at the time of the debtor's delay in performance of the obligation. The latter is important in assessing the evidence of the creditor's damages and their amount because the failure to provide the evidence of the creditor's damages or the absence of such damages due to the debtor's delay in performance of the obligation is one of the grounds on which the courts satisfy the claim for reducing the amount of penalties.

The features characterizing the satisfactory property status of the creditor and the heavy property status of the debtor are determined, in particular, the satisfactory property status of the creditor is characterized by: a) the ability to fully provide stocks and costs at its own expense; b) the ability to fully and timely perform its obligations; c) stable liquidity; d) efficient use of enterprise resources; e) adequacy of own funds to avoid high risk; f) guaranteed prospects for profit. In its turn, the heavy property status of the debtor is characterized by the following features, namely: a) inefficient allocation of resources; b) inefficient use of resources; c) unsatisfactory paying capacity of the enterprise; d) failure to provide stocks and costs with sources of their formation; e) the presence of overdue debt to the budget; f) insufficient financial stability; g) the enterprise is on the verge of bankruptcy;

It is also proposed to consolidate at the legislative level the limits of permissible limits for reducing the amount of penalties in percentage terms.

Key words: property status, penalties, reducing the amount of penalties, financial condition of the enterprise, financial stability, stable liquidity, insolvency, satisfactory property status of the creditor, heavy property status of the debtor.

І.В. РОМАНСЬКА

*Ірина Володимирівна Романська, аспірантка
Львівського державного університету внутрішніх
справ**

ORCID: 0000-0001-6567-9999

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ КОНДИКЦІЇ ТА ВІНДИКАЦІЇ

Постановка проблеми. Однією з головних невирішених правових проблем сучасного суспільства є проблема належного захисту порушених суб'єктивних цивільних прав. На законодавчому рівні закріплено низку механізмів, що дозволяють відновлювати порушене майнове становище учасників цивільного обороту та забезпечувати баланс їхніх інтересів. Особливу роль у гарантуванні стабільності охоронних відносин відведено нормам про кондикцію.

У теорії і практиці цивільного права найбільш складною проблемою, яка пов'язана з цим правовим інститутом, залишається питання його співвідношення з іншими вимогами про повернення майна власнику (титульному володільцю). Іноді умови виникнення цих вимог можуть збігатися з умовами виникнення зобов'язань з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, у результаті чого можливе перетинання сфери їх дії. Така ситуація має місце при застосуванні кондикції та віндикації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання співвідношення кондикції і віндикації досліджували у своїх наукових доробках І.М. Гончаров, Є.А. Ваштарева, Я.М. Романюк, В.С. Толстой, К.А. Флейшиц, А.А. Шамшов. Проте доводиться констатувати, що ця проблема так і не отримала остаточного вирішення, а тому потребує подальших наукових розвідок.

Мета статті полягає у проведенні розмежування кондикції та віндикації як способів захисту права власності шляхом розкриття спільних та відмінних ознак цих правових інститутів.

Виклад основного матеріалу. Зміст та сфера застосування зобов'язань з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (також іменуються як кондикційні зобов'язання) регламентовані у главі 83 ЦК України. Суть цього зобов'язання полягає у тому, що набувач безпідставно збагатився за рахунок потерпілого, а тому зобов'язаний не лише повернути йому майно в натурі чи відшкодувати його вартість, а й у повному обсязі компенсувати потерпілому негативні наслідки шляхом відшкодування всіх доходів, які набувач одержав або міг одержати від цього майна¹.

Інститут кондикції містить повний набір правових відновлювальних інструментів, достатніх для захисту майнових інтересів потерпілого, коли крім безпосередньо кондикційної вимоги потерпіла сторона має право приєднати до неї й інші вимоги охоронного характеру.

За способом захисту інтересів потерпілого кондикційне зобов'язання подібне до віндикації.

Традиційно у цивілістиці під віндикацією розуміється позадоговірна вимога власника (іншого титульного володільця) про повернення майна з чужого незаконного володіння. Верховний Суд у своїй постанові зазначив, що умовами звернення з віндикаційним позовом є те, що: позивач є власником майна, який фактично втратив володіння річчю; відповідач є незаконним володільцем; власник і володільць не перебувають у договірних відносинах; предметом позову може бути тільки індивідуально визначена річ, яка на момент розгляду спору повинна існувати в натурі².

Проблема співвідношення кондикції і віндикації, включаючи видову різноманітність, межі їх експансії, визначення спільних та відмінних ознак, можливість переходу від одного позову до іншого, неоднозначно трактується серед цивілістів. У теорії цивільного права й досі залишається дискусійним питання про конкуренцію цих способів захисту права власності, що зумовлює необхідність дослідження правової природи таких інститутів та проведення їх розмежування.

Передусім зосередимо увагу на спільних ознаках кондикції та віндикації.

Віндикаційний та кондикційний позови є дієвими способами захисту права власності, а не мірами відповідальності, правова природа яких різниться. Обов'язок особи, яка безпідставно збагатилася, повернути потерпілому набуте чи збережене майно не належить до мір відповідальності, оскільки за цих обставин боржник не несе жодних майнових втрат.

Крім того, розглядувані інститути носять відновлювальний характер, так як покликані захистити і відновити порушене чи оспорюване суб'єктивне право. Кондикційне зобов'язання створює для набувача обов'язок повернути потерпілому все безпідставно набуте або збережене майно. Віндикація теж реалізується в рамках правовідносин відновного характеру. Принагідно слід зазначити, що як при віндикації, так і при набутті (збереженні) майна без достатньої правової підстави майно підлягає поверненню потерпілому у натурі. Для віндикації це імперативна законодавча вимога, а для кондикції допускається відступ від цього правила: якщо майно не може бути повернуто в натурі – набувач відшкодує його вартість.

Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, як і відносини з витребування майна з чужого незаконного володіння, за своєю правовою природою належать до числа охоронних і позадоговірних правовідносин.

Вимоги з кондикції або віндикації виникають з відносин, не заснованих на договорі. Відносини, в рамках яких реалізуються розглянуті способи захисту суб'єктивних прав, є охоронними³. Умовою застосування віндикації є відсутність договірних зв'язків між сторонами спору (титульним володільцем (власником) та добросовісним або недобросовісним набувачем), а саме майно переходить до фактичного володільця на певній правовій підставі, яка оспорується власником, проте за жодних обставин такою підставою не може бути укладений з власником договір.

Кондикція також є позадоговірним способом захисту права власності. Як убачається з матеріалів судової практики, у разі виникнення спору стосовно набуття майна або його збереження без достатніх правових підстав договірний характер правовідносин виключає можливість застосування до них судом положень частини першої ст. 1212 ЦК України, у тому числі й щодо зобов'язання повернути майно потерпілому⁴.

Як віндикаційний позов, так і позов з безпідставного набуття, збереження майна може бути пред'явлений до особи, що опинилася у статусі відповідача в результаті як добросовісної, так і недобросовісної поведінки.

Схожість вбачається й за так званою ознакою «слідування». Віндикація застосовна лише до володільця речі і поки він володіє нею. Втрата володільцем речі позбавляє власника можливості пред'явлення до такої особи віндикаційного позову. За цих обставин право вимоги виникає стосовно нового володільця. Так може відбуватися неодноразово. У цьому знаходить свій прояв абсолютний характер вимоги: вона не прив'язана до певної особи, а слідує за річчю. За кондикцією зобов'язання «слідує» за безпідставним збагаченням подібно до того, як віндикація слідує за річчю. Інакше кажучи, таке зобов'язання виникає на стороні набувача, який безпідставно набув або зберіг майно потерпілого, незалежно від їхніх попередніх взаємовідносин, зважаючи лише на факт збагачення.

Отже, досліджувані інститути наділені спільними ознаками, що, у свою чергу, породжує проблему визначення критеріїв, які можуть бути покладені в основу розмежування кондикційного зобов'язання та віндикації, оскільки правове регулювання цих суспільних відносин здійснюється за різних юридико-фактичних умов.

Визначення відмінностей між ними допомагає виокремити зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави у самостійний вид зобов'язань, а також визначити умови, за яких норми про кондикцію можуть субсидіарно застосовуватися до відносин віндикації.

Зосередимо увагу на ключових критеріях розмежування кондикції і віндикації.

На переконання більшості науковців, головна відмінність між кондикцією та віндикацією полягає у тому, що вимога про повернення безпідставного збагачення є речово-правовим способом захисту, а позов про витребування майна з чужого незаконного володіння – зобов'язально-правовим⁵.

Речовий характер віндикаційного позову зумовлений прив'язкою до існування речі, а також факту її перебування у володінні набувача (відповідача). Для кондикційного позову юридичного значення немає, чи існує річ в натурі, оскільки він опосередковує задоволення вимоги про повернення як конкретної речі, так і відшкодування її вартості.

З наведеного випливає, що якщо віндикаційний позов захищає речові права як такі, то кондикційний – речові права, проте не прямо, а через механізм захисту суб'єктивних цивільних прав за зобов'язальним правовідношенням.

Ще одна відмінність полягає в тому, що кондикційний позов має відносний характер. Тобто власник може пред'явити кондикційну вимогу тільки тому, хто безпосередньо отримав від нього річ. Натомість віндикаційний позов може бути пред'явлений будь-кому, у кого власник виявить своє майно, тобто така вимога має абсолютний характер.

Доцільно провести розмежування між досліджуваними інститутами за суб'єктивним складом. Суб'єктами віндикації з однієї сторони виступає власник (інший титульний володільць) речі, який втратив володіння нею, а з другої – незаконний володільць (добросовісний або недобросовісний набувач). Власник майна, який не володіє ним, не втрачає права власності на нього і не перестає бути власником. Для задоволення віндикаційного позову необхідно, щоб річ, яка витребується, була придбана саме тією особою, у якої вона витребується, тобто позов може бути пред'явлений не володіючим власником до володіючого невластника⁶.

Суб'єктами зобов'язань, що виникають у результаті набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, як наголошується в літературі, виступають: боржник – особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого); кредитор (потерпілий) – особа, за чий рахунок інша особа (боржник) набула майно або зберегла його у себе⁷. Боржником за цим зобов'язанням є особа, яка без встановлених нормативними приписами підстав набула або зберегла майно у себе за рахунок іншої особи (потерпілого). Незалежно від характеру набутого майна, набувач не може вважатися його власником, оскільки для цього відсутня законна підстава. Стосовно ж збереженого майна, то набувач залишається його власником, проте на нього покладається обов'язок передати потерпілому майно в розмірі збагачення. На відміну від віндикації, той факт, що незаконний набувач фактично володіє річчю, у випадку кондикції не має визначального значення.

Тобто кондикційний позов може бути пред'явлений особою, яка втратила право власності, до власника безпідставно набутого чи збереженого, а також власником втраченого майна до незаконного володільця майна. Крім власника і титульного володільця, до суб'єктного складу кондикційного зобов'язання входить також особа, яка має право на набуття права власності або законне володіння, але не набула його внаслідок діянь боржника.

Отже, коло осіб, які мають право на пред'явлення кондикційного позову, ширше порівняно з суб'єктами, що мають право на ввідикацію. Крім того, при задоволенні кондикційного позову відповідача позбавляють прав на належне йому майно, а при ввідикації в нього вилучається індивідуально визначена річ, яка не входить до складу його майна.

Найбільшу полеміку серед цивілістів викликає питання про розмежування досліджуваних інститутів за таким критерієм, як предмет вимоги, зокрема, характеристика майна, яке підлягає поверненню. Не викликає сумнівів, що предметом ввідикаційного позову може бути тільки індивідуально визначена річ, що збережена в натурі. При цьому задоволення вимоги відбувається шляхом повернення власнику того ж самого майна, яке вибуло з його володіння. Стосовно ж кондикційного позову, то в доктрині цивільного права панівною є позиція, згідно з якою вимога, яка випливає з безпідставного збагачення, спрямована на повернення лише речі, яка визначена родовими ознаками, тобто того ж роду і якості, або її вартості⁸. На наше переконання, ця позиція не є безспірною.

ЦК України не містить обмежень, які стосуються об'єкта кондикції. З буквального тлумачення норм глави 83 ЦК України неможливо встановити, яке безпідставно набуте майно підлягає поверненню в натурі: те ж саме, яке й було отримано (що передбачає його індивідуалізацію) або аналогічне йому (родові речі). На наше переконання, використаний у легальній визначенні зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави термін «майно» слід трактувати в широкому сенсі, а тому за допомогою кондикційного позову може бути витребувана й індивідуально визначена річ.

На підтвердження цього судження наведемо приклад: після розірвання договору купівлі-продажу картини, особа, яка передала річ, має право вимагати її повернення, якщо вона не оплачена до моменту припинення договірних відносин. Безумовно, за цих обставин вимога про ввідикацію не може бути застосована: дійсний договір спричинив виникнення права власності у покупця. Відтак, потерпілий може захистити свої законні інтереси шляхом пред'явлення кондикційного позову.

Отже, предметом кондикційного позову може бути індивідуально визначене майно або майно з числа однорідних речей.

Відмінність між ввідикацією та кондикцією полягає й у тому, що остання має більш широкий спектр дії.

Як убачається з приписів ст. 1212 ЦК України, положення про кондикцію застосовуються незалежно від того, чи безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна, потерпілого, інших осіб чи наслідком події. Отже, підставами виникнення кондикційних зобов'язань є: дії та події; безвідносно до того чи такі дії є правомірними чи неправомірними, заздалегідь спланованими чи випадковими; йдеться про дії як сторін зобов'язання, так і третіх осіб. Крім того, як слушно наголошується фахівцями, у цьому зобов'язанні не має правового значення чи вибуло майно з володіння власника за його волею або всупереч його волі⁹.

При ввідикації, як і при кондикції, майно витребується із чужого незаконного володіння. Однак, якщо ввідикація вичерпується тільки поверненням майна, яке фактично отримав набувач (добросовісний чи недобросовісний), кондикція застосовується для витребування будь-якого збагачення: набутого або збереженого; незалежно від того, у чому воно виражено: майні (речах) чи грошових коштах.

Розглядувані інститути необхідно розрізняти й за способом вибуття майна. За зобов'язанням з безпідставного набуття збереження майна потерпілому повертається майно незалежно від того, яким чином воно вибуло з його володіння (ч. 2 ст. 1212 ЦК України). Тобто кондикційне правовідношення реалізуються незалежно від добросовісності набувача (боржника) та незалежно від того, яким чином майно вибуло з його володіння.

Натомість при ввідикації юридичне значення має добросовісність набувача, а також обставини вибуття майна. Так, власник має право витребувати своє майно від недобросовісного набувача у всіх випадках, а в добросовісного набувача – лише тоді, коли воно вибуло з володіння поза його волею (ст. 388 ЦК України). Якщо ж набувач є добросовісним та майно вибуло з володіння первісного власника з його волі, ввідикація не допускається.

Отже, у ввідикації та кондикції добросовісність особи, яка набула (зберегла) у себе майно, розглядається в різних площинах. Від неї в цілому залежить можливість ввідикації майна у третьої особи. Водночас щодо кондикційних зобов'язань законодавець не встановлює спеціальних правил про добросовісність чи недобросовісність набувача.

М.М. Кулик, співвідносячи інститут кондикції та ввідикації, звертає увагу на такі відмінності: «для задоволення ввідикаційного позову необхідно, щоб витребувана річ була придбана особою, від якої вона витребується. Кондикційна вимога може бути пред'явлена до набувача не тільки при придбанні, але й при збереженні майна за рахунок іншої особи (потерпілого)»¹⁰. Зберегти можна лише своє майно, тобто те, яке належить на підставі титулу, а у випадку ввідикації у відповідача перебуває чуже майно. Варто зазначити, що ця підстава не є прийнятною для розмежування кондикції та ввідикації в разі наявності добросовісного оплатного набуття майна, оскільки у ст. 388 ЦК України вказується на можливість вибуття майна з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, «іншим шляхом».

Інколи розмежування проводять за критерієм оплатності: для ввідикації не завжди важливим є, мало місце зустрічне надання чи ні, тоді як оплатність нівелює безпідставне збагачення¹¹. З цим судженням можна погодитися, але тільки із застереженням, що наявність будь-яких договірних відносин усуває можливість застосування норм про кондикцію.

Розмежування між кондикцією та ввідикацією фахівці проводять також і за юридичною технікою, яка використовується для їх оформлення. Так, О.А. Шамшов наголошує, що поняття безпідставності майнового

переміщення при чужому незаконному володінні знаходить своє вираження через більш точні та конкретні поняття, що характеризують право власності, його порушення та захист. У випадку унормування кондикційних відносин яких-небудь техніко-юридичних засобів, які б конкретизували чи уточнювали поняття безпідставності, не визначено¹². Проте ця особливість, як слушно підкреслює І.М. Гончаров, не стільки визначає різницю між зазначеними інститутами, скільки уточнює сферу застосування ввідикації в рамках загального питання безпідставного переміщення майнового блага від однієї особи до іншої¹³.

З проведеного аналізу розмежувальних критеріїв можемо дійти висновку, що кондикція є універсальним самостійним способом захисту суб'єктивного цивільного права та дієвим засобом впливу на незаконного набувача. Однак норми, що регулюють кондикційні зобов'язання, можуть субсидіарно застосовуватися до відносин ввідикації. Це положення знайшло закріплення у приписах ч. 3 ст. 1212 ЦК України, якою регламентовано, що положення про повернення безпідставно набутого чи збереженого майна застосовуються до вимог про витребування майна власником з чужого незаконного володіння. Такий законодавчий підхід розширює сферу застосування інституту кондикції та покликаний найбільш повно захистити порушені права та законні інтереси учасників цивільного обороту.

Як вбачається з матеріалів судової практики, кондикція застосовується додатково до ввідикації, коли певна вимога титульного володільця майна не охоплюється нормативним регулюванням основного способу захисту права¹⁴. У римському приватному праві утвердилася позиція, що кондикційний позов подається лише у випадку, якщо у зв'язку з втратою права власності відсутня можливість пред'явити ввідикаційний позов¹⁵.

Тобто кондикційний позов застосовується до вимоги про витребування майна з чужого незаконного володіння лише у тому випадку, якщо не достатньо підстав для пред'явлення ввідикаційного позову. Такими випадками, до прикладу, є: втрата або інше вибуття майна з незаконного володіння особи; переробка, знищення або пошкодження спірного майна, що спричинило втрату ним індивідуалізуючих ознак або зменшення їх споживчої вартості.

Прикметно, що закріплення на законодавчому рівні норми про додаткове застосування положень про кондикції до ввідикаційних вимог вирішило доктринальну полеміку щодо конкуренції цих інститутів. Так, В.В. Ровний, досліджуючи проблему конкуренції позовів, зазначає, що кондикційний позов ніколи не конкурує з ввідикаційним, оскільки можливі об'єкти позовних вимог тут взаємовиключають один одного¹⁶. На наше переконання, ця позиція є цілком обгрунтованою.

Підсумовуючи дослідження питання про співвідношення кондикції та ввідикації, можна дійти наступних висновків:

- кондикція є універсальним самостійним способом захисту суб'єктивного цивільного права та дієвим засобом впливу на незаконного набувача;
- норми, що регулюють кондикційні зобов'язання, можуть субсидіарно застосовуватися до відносин про витребування майна з чужого незаконного володіння лише в тому випадку, якщо не достатньо підстав для пред'явлення ввідикаційного позову;
- кондикція володіє більш широким спектром дії, ніж ввідикація;
- на відміну від ввідикації, кондикція може застосовуватися для повернення як родової, так і індивідуально визначеної речі;
- кондикційний позов може бути пред'явлений особою, яка втратила право власності, до власника безпідставно набутого чи збереженого, а також власником втраченого майна до незаконного володільця майна;
- конкуренція між кондикційним та ввідикаційним позов не допускається.

¹ Постанова Верховного Суду від 05.03.2020 р. у справі № 910/9665/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88149746>

² Постанова Верховного Суду від 01.04.2020 р. у справі № 372/6055/14-ц. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88570690>

³ Григор'єва М.А. К вопросу о теории охранительных гражданских правоотношений. *Вестник КрасГАУ*. 2010. № 6. С. 170–174. 173 с.

⁴ Постанова Верховного Суду України від 24.09.2014 р. у справі № 6-122 цс14. URL: <https://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovipoziciivsu/6-122cs14>

⁵ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. Москва: Госюриздат, 1951. 239 с. 231 с.

⁶ Постанова Верховного Суду від 18.05.2020 р. у справі № 381/3165/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89578914>

⁷ Ківалова Т.С. Особливості зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави. *Актуальні проблеми держави і права*. 2010. Вип. 56. С. 218–224. С. 221.

⁸ Мозолин В.П. Гражданское право: учебник. М.: Юристъ, 2007. Ч. 2. С. 876 с.; Былков В.В. Проблемы правоотношений, возникающих вследствие неосновательного обогащения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Краснодар, 2004. 28 с. 23 с.

⁹ Романюк Я.М., Майстренко Л.О. Реституція, ввідикація, кондикція, відшкодування шкоди: окремі аспекти співвідношення та розмежування. *Вісник Верховного Суду України*. 2014. № 10. С. 22–31. С. 24; Чепис О.І. Правова природа зобов'язань, що виникають із безпідставного збагачення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. Вип. 41(1). С. 144–147. С. 147 (Серія «Право»).

¹⁰ Кулик М.М. Кондикційний позов як юрисдикційний спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав інвесторів на бездокументарні цінні папери. *Актуальні проблеми приватного права : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 94-й річниці з дня народж. В.П. Маслова (19 лют. 2016 р.)*. Харків, 2016. С. 292–294. С. 293.

¹¹ Толстой В.С. Проблемы соотношения отдельных исков с иском из неосновательного обогащения. *Право Беларуси*. 2004. № 13 (85). С. 75–80. 77 С.

¹² Шамшов А.А. Обязательства из неосновательного приобретения или сбережения имущества: учеб. пособ. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1975. 51 с. 15 с.

¹³ Гончаров І.М. Співвідношення правових інститутів кондикції та ввідикації у цивільному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. Вип. 33(1). С. 112–116. С. 113 (Серія «Право»).

¹⁴ Постанова Верховного Суду України від 02.03.2016 р. справі № 6-3090цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56280404>

¹⁵ Ваштарева С.А. Кондикція і ввідикація у римському праві. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 95–104.

¹⁶ Ровный В.В. Проблема «конкуренции исков» в современном гражданском праве. *Государство и право*. 2003. № 3. С. 96–100. С. 97.

Резюме

Романська І.В. До питання про співвідношення кондикції та ввідикації.

Наукову статтю присвячено вирішенню науково-прикладної проблеми розмежування зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави з ввідикацією. Розглядаються ключові критерії співвідношення позову про витребування майна з чужого незаконного володіння і кондикційного позову.

Установлено, що кондикційне зобов'язання є універсальним самостійним способом захисту суб'єктивного цивільного права. Кондикція застосовується субсидіарно до ввідикації, коли певна вимога титульного володільця майна не охоплюється нормативним регулюванням основного способу захисту. Автор доходить висновку про неможливість конкуренції ввідикаційного та кондикційного позовів.

Ключові слова: кондикція, ввідикація, безпідставне збагачення, критерії співвідношення, конкуренція позовів.

Резюме

Романская И.В. К вопросу о соотношении кондикции и виндикации.

Научная статья посвящена решению научно-прикладной проблемы разграничения обязательства по приобретению, сохранению имущества без достаточного правового основания с виндикацией. Рассматриваются ключевые критерии соотношения иска об истребовании имущества из чужого незаконного владения и кондикционного иска.

Установлено, что кондикционное обязательство является универсальным самостоятельным способом защиты субъективного гражданского права. Кондикция применяется субсидиарно к виндикации, когда требование титульного владельца имущества не охватывается нормативным регулированием основного способа защиты. Автор приходит к выводу о невозможности конкуренции виндикационного и кондикционного исков.

Ключевые слова: кондикция, виндикация, неосновательное обогащение, критерии соотношения, конкуренция исков.

Summary

Iryna Romanska. On the question of the ratio between the condictio and the vindicatio.

The scientific article is devoted to the solution of the scientific-applied problem of delimitation of the obtaining, keeping of property without sufficient legal basis with the vindicatio.

The criteria for the ratio of a reclaim owner's property from someone else's illegal possession and a condictio claim are considered. Both common and distinctive features of these legal institutions are analyzed. Vindicatio and condictio lawsuits are effective ways to protect property rights, not measures of liability.

Obligations arising from the obtaining, keeping of property without sufficient legal basis, as well as reclaim owners property from someone else's illegal possession, by their legal nature belong to the number of renewable, protective and non-contractual legal relations. The similarity can be seen in the so-called criteria as «right to follow». It is concluded that the range of persons entitled to file a condictio claim is wider than the subjects entitled to vindicatio.

The main difference between condictio and vindicatio is that a claim for the return of property from someone else owns without sufficient legal basis is a legal remedy, and a claim for recovery of property from someone else's illegal possession is a legal claim. It is established that in contrast to vindicatio, the fact that the illegal purchaser actually owns the thing, in the case of condictio is not decisive.

It is justified that in comparison with the vindicatio the condictio obligation has a wider range of action and is applied regardless of the good faith of the purchaser and regardless of how the property was taken out of the possession of the creditor.

Based on the generalization of theoretical research, analysis of current legislation of Ukraine, it is established that the obligation of condictio is a universal independent way to protect subjective civil law and an effective means of influencing the illegal acquirer. Condictio is applied in the alternative to vindicatio, when a certain requirement of the titular owner of the property is not covered by the regulations of the main method of protection. The author concludes that it is impossible to compete in vindicatio and condictio claims.

Key words: the condictio, the vindicatio, unjust enrichment, ratio criteria, competition of claims.

С.П. САВЧУК

Сергій Петрович Савчук, аспірант Інституту
держави і права імені В.М. Корецького НАН України*
ORCID: 0000-0002-3162-2369

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СТРОКОВИХ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ В ОКРЕМИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇНАХ

Постановка проблеми. Строкові трудові договори слід віднести до однієї з найперших та, відповідно, найстаріших форм нестандартної зайнятості. Це зумовлено передусім природною неоднорідністю трудових правовідносин, для яких не завжди характерним є безстроковий характер. Зазначена обставина була врахована ще першими вітчизняними кодифікованими актами у сфері праці. Наприклад, ст. 34 Кодексу законів про працю 1922 р. закріплювала можливість укладання трудових договорів на певний строк, не більше одного року, або на час виконання певної роботи. У сучасних умовах правове регулювання строкових трудових договорів знаходить своє відображення у ст. 23 Кодексу законів про працю України. Але у зв'язку з тим, що останні зміни у наведену статтю були внесені ще 25 років тому, відповідність її положень сучасним вимогам викликає великий сумнів. У свою чергу, якщо казати про концепцію застосування строкових трудових договорів в Україні у найближчій перспективі, то можливість її подальшого розвитку вбачається доречним розглядати крізь призму європейського досвіду. Адже в багатьох країнах Європи строкові трудові договори є досить поширеним явищем, а тому дослідження як позитивних, так і негативних прикладів правового регулювання таких договорів у наведених країнах стане в пригоді при подальшому розробленні та запровадженні сучасних трудових норм в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню окремих питань правового регулювання строкових трудових договорів в зарубіжних країнах присвячені роботи С.В. Венедіктова, М.М. Грекової, І.Я. Кисельова, О.І. Кисельової, М.М. Клемпарського, О.В. Назимко, Г.О. Спіциної, Ю.В. Чижмаря, Р.І. Шабанова та інших вчених. Незважаючи на наявні наукові дослідження, питання правового регулювання трудових договорів не втрачають своєї актуальності з огляду на постійну динаміку розвитку наведеного явища в світі.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є аналіз правового регулювання строкових трудових договорів в окремих економічно та соціально розвинених європейських країнах, що в подальшому дасть змогу розробити більш ефективну модель реформування трудового законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Звертаючись до дослідження особливостей правового регулювання строкових трудових договорів в країнах Європи, хотілось би підкреслити, що значну частину наведених країн об'єднує спільне членство в Європейському Союзі (далі – ЄС) і, відповідно, необхідність імплементації в національне законодавство актів цього економічного та політичного об'єднання. Одним із таких актів ЄС слід назвати Директиву Ради 1999/70/ЄС від 28 червня 1999 р. про Рамкову угоду про роботу на визначений термін, укладену ЄКПС, СКПРЕ та ЄЦРП. Метою цієї Рамкової угоди є поліпшення якості строкової праці шляхом забезпечення застосування принципу недискримінації, а також створення основи для запобігання зловживанням, що виникають у результаті використання послідовних строкових трудових договорів або відносин. Відповідно до п. 4 цієї Рамкової угоди до працівників, що працюють за строковими договорами, не можна ставитися менш сприятливо, ніж до постійних працівників тільки тому, що з ними укладені строкові договори. Згідно з п. 5 цієї Рамкової угоди для запобігання зловживанням, що виникають в результаті використання послідовних строкових трудових договорів або правовідносин, держави мають встановити об'єктивні причини, що виправдовують відновлення таких договорів або правовідносин, їх максимальну загальну тривалість та кількість продовжень.

Незважаючи на наявність наведеного об'єднуючого фактору, кожна країна – член ЄС, відрізняється своєю самобутністю та специфікою національного трудового права, що не може не позначитись на регулюванні строкових трудових договорів. У свою чергу, у зв'язку з тим, що обсяги дослідження не дають змоги охопити спеціальне трудове законодавство усіх європейських країн, автором у подальшому буде зосереджена увага на таких географічно розпоросених державах, як Великобританія, Естонія, Італія, Польща та Франція.

Слід зазначити, що **Великобританія** є єдиною з країн, охоплених цим дослідженням, яка не є членом ЄС. Але її досить тривале перебування у складі зазначеного економічного та політичного об'єднання не могло не позначитись на національному трудовому законодавстві, в тому числі присвяченому строковим трудовим договорам. Так, регулювання наведених договорів у державі здійснюється на рівні Положення про працівників, працюючих за строковими трудовими договорами 2002 р. Якщо звернутися до змісту зазначеного Положення, то можна побачити, що воно продиктоване вимогами саме Директиви Ради 1999/70/ЄС та розроблене для запровадження принципу недискримінації строкових та тимчасових працівників. Положення

поширюється на осіб, з якими укладено трудовий договір для заміни тимчасово відсутніх працівників (у зв'язку з відпусткою по вагітності та пологах, батьківською відпусткою тощо), осіб, найнятих на період максимального попиту на послуги роботодавця, виконавців спеціальних завдань (наприклад, налаштування бази даних), викладачів закладів вищої освіти, керівного складу сфери охорони здоров'я та інших¹. Пункт 3 наведеного Положення передбачає право працівника, працюючого за строковим трудовим договором, на не менш сприятливе ставлення до себе з боку роботодавця порівняно з постійним працівником в частині умов трудового договору та можливості проходження професійного навчання або отримання постійної посади.

Як правило, строкові трудові договори у Великобританії укладаються у випадках, коли роботодавцям заздалегідь відомо про необхідність отримання певних послуг від працівників. Щодо такого трудового договору дата його припинення визначається заздалегідь. У деяких ситуаціях строковий договір може передбачати, що робота припиняється після виконання відповідного завдання або настання певної події, наприклад, закінчення будівництва. Юридичне визначення поняття звільнення у такому випадку відповідає припиненню таких «обмежених в часі» договорів для цілей подання скарги про несправедливе звільнення або отримання компенсації при скороченні штату².

Звільнення, яке має місце в цьому випадку, повинно бути перевірено на законність в частині обґрунтованості дій роботодавця щодо невідновлення договору. Існування реальної потреби в укладенні з працівником строкового трудового договору (наприклад, у зв'язку зі строковим характером праці або досягненням конкретної мети) вважається обґрунтованою підставою для неперекладення договору після його закінчення. Але важливо, щоб працівники не позбавлялись їх законних прав шляхом маскуванню звичайних трудових правовідносин строковими трудовими договорами. У випадку, коли в подальшому строковий трудовий договір припиниться, дії роботодавця вважатимуться необґрунтованими, якщо він фактично відмовиться розглянути працівника для іншої підходящої роботи³. Право на обґрунтованість звільнення та отримання компенсації у випадку скорочення виникає у працівника після двох років роботи у конкретного роботодавця. При цьому слід зазначити, що починаючи з 1999 р. роботодавці позбавили можливість вимагати від працівників відмови від їх гарантій при несправедливому звільненні у випадку припинення строкового трудового договору, а починаючи з 2002 р. була ліквідована можливість працівників відмовлятися від вимоги про компенсацію у випадку звільнення у зв'язку зі скороченням штату⁴.

Положеннями строкового трудового договору може бути передбачена можливість його дострокового розірвання. У цьому випадку мінімальний термін повідомлення роботодавцем працівника про дострокове розірвання становить: один тиждень, якщо працівник працював безперервно в роботодавця не менше одного місяця; один тиждень за кожен рік роботи, якщо він працює безперервно протягом двох років або більше. Працівники, які бажать звільнитися, повинні повідомити роботодавця за один тиждень, якщо вони пропрацювали у нього місяць або більше. Якщо працівник продовжує працювати після закінчення строкового трудового договору, вважається, що дата припинення правовідносин змінилася. Тобто роботодавець зобов'язаний у подальшому надати працівникові повідомлення про розірвання договору⁵. Зазначене правило не застосовується у випадку, якщо працівник працює на роботодавця більше чотирьох років. У цьому разі договір вважається таким, що укладений на невизначений термін, якщо положеннями колективного договору не передбачене інше.

Цікавим прикладом реалізації строкових трудових договорів слід назвати *Естонію*, яку поєднує з Україною спільне соціалістичне минуле і, відповідно, правове підґрунтя регулювання трудових відносин. Ключовий нормативний акт у сфері праці Естонії – Закон про трудовий договір передбачає, що за загальним правилом трудовий договір укладається на невизначений строк, строковий договір може бути укладений на термін до п'яти років, якщо це виправдано поважними причинами, що впливають з тимчасового термінового характеру роботи. Якщо трудові обов'язки виконуються в порядку оренди праці, то строковий договір можна укласти і в разі, якщо це виправдано тимчасовим характером роботи на підприємстві користувача. Строковий трудовий договір також може бути укладеним на час заміщення тимчасово відсутнього працівника.

Якщо працівник і роботодавець уклали строковий трудовий договір для виконання однотипної роботи більше двох разів поспіль, або якщо строковий договір був продовжений більш ніж один раз протягом п'яти років, то трудові відносини вважаються безстроковими з самого початку. Укладення строкових трудових договорів вважається послідовним, якщо період між завершенням одного трудового договору та укладенням наступного трудового договору не перевищує двох місяців.

В Естонії закон зобов'язує роботодавця повідомити працівника, що працює за строковим трудовим договором, про вакантні робочі місця, які відповідають його знанням та навичкам, для заміщення яких є можливість укласти безстроковий трудовий договір. Строковий трудовий договір припиняється після закінчення терміну, на який він був укладений. Але він може бути також розірваний у будь-який час за взаємною згодою сторін. Якщо укладення строкового трудового договору суперечило закону або колективному договору, то договір вважається безстроковим з моменту його укладення. У випадку, коли працівник продовжує виконання роботи після закінчення терміну договору, він вважається безстроковим, за винятком, коли роботодавець висловив іншу волю протягом п'яти робочих днів з того моменту, коли він дізнався або повинен був дізнатися про те, що працівник продовжує виконання трудового договору.

Правове регулювання строкових трудових договорів в *Іматіі* здійснюється на рівні Декрету № 81/2015 від 15 червня 2020 р., який у 2018 р. зазнав суттєвих змін. Хоча трудові правовідносини знаходять свою загальну реалізацію у формі безстрокового трудового договору, строкові договори можуть бути більш гнучким інструментом, що за певних обставин відповідає потребам як роботодавця, так і працівника. З цієї причини використання строкового трудового договору зазнає певних обмежень. Так, наведений договір укладається в письмовій формі, за винятком тих випадків, коли він триває не більше 20 днів. Працівник, що упро-

довж шести місяців працює за строковим трудовим договором, має переважне право протягом одного року після звільнення на укладення нового трудового договору для виконання тих самих завдань. Загальна кількість укладених у одного роботодавця строкових трудових договорів не може перевищувати 30 % від загальної кількості трудових договорів⁶.

Як вже зазначалося, у 2018 р. правове регулювання строкових трудових договорів в Італії зазнало суттєвих змін. Так, максимальна тривалість договору, включаючи продовження та переукладення, була зменшена з 36 до 24 місяців. Якщо строковий трудовий договір має початкову тривалість не більше 12 місяців, роботодавець може не вказувати жодної поважної причини для його укладення. У випадку, коли строк договору перевищує 12 місяців, його укладення повинно бути виправданим принаймні однією з наступних поважних причин: необхідністю замінити відсутнього працівника; тимчасовими об'єктивними потребами, які не пов'язані зі звичайним ходом бізнесу; непередбачуваним збільшенням виробництва. Недотримання однієї з цих поважних причин тягне за собою юридичне перетворення строкового трудового договору у безстроковий⁷.

Ключовим актом, присвяченим регулюванню строкових трудових договорів у **Польщі**, є Трудовий кодекс, прийнятий ще у 1974 р. З цього приводу слід повністю погодитись з Г.О. Спіціною, яка зазначає, що завдяки вдалому переформуванню вектору правового регулювання трудових відносин у Польщі законодавчим органам вказаної держави вдалося пристосувати положення соціалістично сформованого трудового кодексу до реалій розвинутої ринкової економіки та членства в Європейському Союзі. Тому запозичення такого досвіду модернізації трудового законодавства було б дуже корисним для України⁸.

Відповідно до ст. 25 Трудового кодексу Польщі термін працевлаштування за строковим трудовим договором, а також загальний термін працевлаштування за декількома строковими трудовими договорами, укладеними між одними і тими ж сторонами трудових правовідносин, не може перевищувати 33 місяці, а загальна кількість цих договорів не може перевищувати трьох. Якщо період найму за строковим трудовим договором є більшим за зазначений термін або якщо кількість укладених договорів перевищує три договори, вважається, що працівник працює за безстроковим трудовим договором.

Як ми бачимо, зазначена норма повною мірою відповідає положенням Директиви Ради 1999/70/ЄС. Цікавим прикладом впливу наведеної Директиви на трудове законодавство Польщі слід навести рішення Суду ЄС по справі С 38/13 (*Nierodzik*), ухвалене у 2014 р. Зазначеним рішенням було встановлено, що відповідно до діючої на той час редакції ст. 33 Трудового кодексу Польщі при укладенні трудового договору на строк більше шести місяців сторони можуть передбачити, що зазначений договір може бути розірваний достроково після двотижневого повідомлення. У свою чергу, згідно зі ст. 36 Кодексу, максимальний термін повідомлення про припинення безстрокового трудового договору становить три місяці. Судом було визначено, що такі різні правила щодо працівників, які працюють за строковими та безстроковими трудовими договорами, не можуть бути об'єктивно обґрунтованими та порушують принцип недискримінації, передбачений Директивою Ради 1999/70/ЄС. Враховуючи наведене рішення Суду ЄС, у 2016 р. в Трудовий кодекс Польщі були внесені зміни, відповідно до яких період повідомлення для строкових трудових договорів приведено у відповідність з періодом повідомлення для безстрокових трудових договорів, що залежить від сукупної тривалості трудових правовідносин з конкретним роботодавцем. Таким чином, на цей час строковий трудовий договір може бути розірваний з наступним повідомленням: два тижні – якщо працівник працював менше шести місяців; один місяць – якщо працівник працював не менше шести місяців; три місяці – якщо працівник працював не менше трьох років.

Правове регламентування трудових відносин у **Франції**, на думку Г.В. Шонії, характеризується значною диференціацією, яка враховує різноманіття та специфіку праці різних категорій працівників, форм зайнятості. У зв'язку з цим існує велика кількість різновидів трудового договору, серед яких можна виділити: договір із позиковими працівниками та договір із певним терміном дії. Французьке законодавство стимулює використання строкових трудових договорів як засіб боротьби з безробіттям. Крім того, окремо регламентується трудовий договір з торговими агентами, з професійними спортсменами, з надомниками, з домашніми працівниками, договір морського найму, виробничого навчання та деякі інші⁹.

Слід зазначити, що серед усіх країн, охоплених цим дослідженням, лише тільки Франція ратифікувала Конвенцію 1982 року про припинення трудових правовідносин з ініціативи роботодавця (№ 158). Зазначену Конвенцію доповнює Рекомендація № 166, ст. 3 якої вказує на необхідність встановлення відповідних гарантій проти застосування договорів про найняття на певний термін. Серед таких гарантій положення Рекомендації виділяють обмеження застосування строкових трудових договорів випадками, коли, враховуючи рід майбутньої роботи або умови її виконання чи інтереси працівника, ці трудові відносини не можуть встановлюватися на невизначений термін. У зв'язку з цим Трудовий кодекс Франції закріплює чіткі критерії, що передбачають можливість укладання строкових трудових договорів.

Трудові договори укладаються на відповідний строк у випадках: а) заміни тимчасово відсутнього працівника (у зв'язку з хворобою, вагітністю й пологами, щорічною відпусткою, батьківською відпусткою, навчанням *etc.*); б) професійного навчання працівника; в) нетривалого збільшення господарської активності роботодавця (*e.g.* під час новорічних і різдвяних свят); г) сезонного найму на роботу; д) перепрофілювання господарської діяльності роботодавця; е) забезпечення тимчасової зайнятості безробітних *etc.* Строкові трудові договори не можуть мати місця, якщо діяльність майбутнього працівника пов'язана з джерелами підвищеної небезпеки. Крім того, такі договори обов'язково повинні містити такі умови: а) дату початку й дату закінчення договору або його мінімальну тривалість (якщо він не містить точних дат); б) дані працівника, який потребує тимчасової заміни (забороняється укладати строковий трудовий договір з метою заміни відразу декількох працівників, навіть якщо їх відсутність є послідовною); в) його посаду й заробітну плату; г) за наявності укладеного колективного договору – посилення на такий договір. Загальна тривалість строкового

трудового договору не може перевищувати 18 місяців, хоча існують і винятки, наприклад, коли договір виконується за кордоном, його тривалість збільшується до 24 місяців (ст. L1242-8 Трудового кодексу Франції). З огляду на зміст ст. L1243-13 Кодексу розглядуваний договір може бути продовжений один раз на строк, що не перевищує максимально можливий для таких договорів. Перевищення перетворює його на договір, що укладається на невизначений строк¹⁰.

Висновки. Значний вплив на формування трудового законодавства Естонії, Італії, Польщі та Франції здійснює членство наведених країн в ЄС. Зазначене стосується також і Великобританії, яка досить тривалий проміжок часу знаходилась у складі зазначеного економічного та політичного об'єднання. Імплементация наведеними країнами актів ЄС у національне законодавство зумовлює існування між ними спільних рис правового регулювання строкових трудових договорів, до яких належать: чітке часове обмеження тривалості договору, закріплення максимально допустимої кількості переукладень, дотримання принципу недискримінації тощо. У свою чергу, реалізація строкових трудових правовідносин в кожній із країн відрізняється своєю самобутністю, що пов'язано з внутрішньодержавною традицією їх реалізації. Наприклад, у Великобританії звільнення працівника у зв'язку із закінченням строку трудового договору розглядається крізь призму справедливості дій роботодавця, а в Італії кількість укладених строкових трудових договорів у конкретного роботодавця не може перевищувати 30 %.

Наведені обставини мають бути враховані Україною при реформуванні трудового законодавства. Адже необхідність імплементации Директиви Ради 1999/70/ЄС чітко передбачена п.п. 1139 та 1140 Плану заходів з виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2017 р. № 1106.

¹ Emir A. *Selwyn's Law of Employment*. Eighteenth Edition. Oxford University Press. 2014. P. 67.

² Collins H., Ewing K.D., McColgan A. *Labour Law*. Cambridge University Press. 2012. P. 177.

³ Emir A. *Selwyn's Law of Employment*. Eighteenth Edition. Oxford University Press. 2014. P. 406.

⁴ Deakin S., Morris G. *Labour Law*. Six Edition. Oxford and Portland, Oregon. 2012. P. 202.

⁵ Fixed-term employment contracts. URL: <https://www.gov.uk/fixed-term-contracts/renewing-or-ending-a-fixed-term-contract> (дата звернення: 28.05.2020).

⁶ Contratto a tempo determinato. URL: <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/rapporti-di-lavoro-e-relazioni-industriali/focus-on/Disciplinazione-rapporto-lavoro/Pagine/contratto-a-tempo-determinato.aspx> (дата звернення: 28.05.2020).

⁷ Italy: Changes to Fixed-Term Contracts. URL: <https://ieglobal.vistra.com/knowledge/country-compliance-alerts/2018/8/italy-changes-fixed-term-contracts> (дата звернення: 28.05.2020).

⁸ Спіцина Г.О. Особливості правового регулювання трудових відносин у республіці Польща. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право*. 2015. Вип. 30(1). С. 189.

⁹ Шонія Г.В. *Общая характеристика трудового права Франции*: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Москва, 2009. С. 26.

¹⁰ *Трудове право в державах Європи*: підручник / С.В. Венедіктов, Г.О. Спіцина. Київ : Ніка-Центр, 2017. С. 102–103.

Резюме

Савчук С.П. Особливості правового регулювання строкових трудових договорів в окремих європейських країнах.

Стаття присвячена дослідженню досвіду правового регулювання строкових трудових договорів у Великобританії, Естонії, Італії, Польщі та Франції. Зроблено висновок, що значний вплив на формування національного законодавства в сфері праці здійснює членство наведених країн в ЄС. Імплементация актів ЄС в національне законодавство зумовлює наявність спільних рис правового регулювання строкових трудових договорів у всіх членів зазначеного економічного та політичного об'єднання. Але, в будь-якому випадку, незважаючи на такі спільні риси, строкові трудові правовідносини кожної окремої країни відрізняються своєю самобутністю, зумовленою внутрішньодержавною традицією їх реалізації.

Ключові слова: строковий трудовий договір, Європейський Союз, строк дії трудового договору, підстави виникнення строкових трудових правовідносин, припинення трудових правовідносин.

Резюме

Савчук С.П. Особенности правового регулирования срочных трудовых договоров в отдельных европейских странах.

Статья посвящена исследованию зарубежного опыта правового регулирования срочных трудовых договоров в Великобритании, Эстонии, Италии, Польше и Франции. Сделан вывод, что значительное влияние на формирование национального законодательства в сфере труда оказывает членство указанных государств в Европейском Союзе. Имплементация актов Европейского Союза в национальное законодательство обуславливает наличие общих черт правового регулирования срочных трудовых договоров у всех членов указанного экономического и политического объединения. Но, в любом случае, невзирая на наличие общих черт, срочные трудовые правоотношения каждой отдельной страны отличаются своей самобытностью, обусловленной внутригосударственной традицией их реализации.

Ключевые слова: срочный трудовой договор, Европейский Союз, срок действия трудового договора, основания возникновения срочных трудовых правоотношений, прекращение трудовых правоотношений.

Summary

Sergiy Savchuk. Special aspects of legal regulation of fixed-term employment contracts of some European countries.

The article is devoted to the study of foreign experience in legal regulation of fixed-term employment contracts. Fixed-term employment contracts should be considered as one of the earliest and, accordingly, the oldest forms of non-standard employment. Turning to the concept of the application of fixed-term employment contracts in Ukraine in the near future, it seems appropriate to consider

the possibility of their further development through the prism of studying European experience. Indeed, in many European countries the fixed-term contracts are quite common and therefore analysis of both positive and negative examples of their legal regulation will be useful for the future development of labour legislation in Ukraine.

The article features an analysis of the relevant legislation of the United Kingdom, Estonia, Italy, Poland and France. It is concluded that the membership of these states in the European Union has had a significant impact on the evolution of national labour legislation. This also applies to the United Kingdom, which had been part of this economic and political union for a long time.

The transposition of EU legislation into national law by these countries predetermines the existence of common features between them in the legal regulation of fixed-term employment contracts. This common features include: clear time limits of the employment contract, maximum allowable number of renewals enshrined in law, compliance with the principle of non-discrimination, etc.

In turn, the implementation of fixed-term employment relationships in each country differs in its uniqueness, which is due to the domestic tradition of their implementation. For example, in the United Kingdom, the dismissal of an employee due to the expiration of the employment contract is considered through the lens of fairness of the employer's actions, while in Italy the number of fixed-term employment contracts with a particular employer cannot exceed 30 %.

The above circumstances should be taken into account by Ukraine when reforming labour legislation. Indeed, the need to implement Council Directive 1999/70/EC is clearly provided for in clauses 1139 and 1140 of the Action Plan for the implementation of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, on the other hand, approved by Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1106, of 25.10.2017.

Key words: fixed-term employment contract, European Union, duration of the employment contract, grounds for the fixed-term employment relationship, termination of employment relationship.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.55

УДК 347.72.01

Б.О. СОЛОВЙОВ

*Борис Олегович Соловйов, магістрант юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0003-2635-4096

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН: ПОЗИЦІЯ ДОКТРИНИ ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку має місце процес рекодифікації цивільного законодавства, що є безпосереднім наслідком євроінтеграційних процесів, які активно тривають з моменту підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 27 червня 2014 р. У процесі рекодифікації цивільного законодавства, окрім іншого, закономірно звернулися до проблем, пов'язаних із правовою природою окремих видів цивільних правовідносин, адже саме це є необхідною передумовою для підвищення ефективності механізму цивільно-правового регулювання.

На сьогодні слід констатувати, що правова природа корпоративних правовідносин є актуальним предметом дослідження як з позиції теорії цивільного права, так і з точки зору практики правозастосування. Активний науковий інтерес до цієї сфери насамперед пов'язаний з існуванням великої кількості дискусійних питань, вирішення яких є необхідним для подальшого розвитку доктрини цивільного права та підвищення рівня застосування цивільно-правових норм.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання правової природи та правового регулювання корпоративних правовідносин досліджувалися у працях Н.С. Кузнецової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.М. Кравчука, В.В. Луця, В.І. Борисової та інших вчених. Вагомими є напрацювання зарубіжних дослідників, серед яких слід виокремити праці Д.В. Ломакіна та В.А. Белова. Водночас, незважаючи на активний науковий інтерес до питань правової природи та особливостей корпоративних відносин, низка теоретичних питань досі залишається певною мірою невирішеними.

Отже, **метою** цієї статті є аналіз позицій представників доктрини цивільного права та судової практики щодо визначення правової природи корпоративних правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Вважаємо, що дослідження поняття та особливостей корпоративних правовідносин слід розпочати з аналізу положень національного законодавства.

Так, ЦК України не містить легального визначення корпоративних правовідносин та відповідних прав. Така дефініція наведена у ст. 167 ГК України, згідно із якою корпоративні права є правами особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Разом із тим під корпоративними відносинами маються на увазі відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав (ч. 3 ст. 167 ГК України)¹.

© Б.О. Соловйов, 2020

* *Borys Soloviov, Master student of the Law Faculty of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Аналіз процитованої норми ГК України дає підстави стверджувати про значну кількість її недоліків. Так, вказівка у ч. 1 ст. 167 ГК України на поняття господарської організації призводить до виникнення нечіткості щодо розуміння суб'єктного складу корпоративних прав. Це насамперед пов'язано з тим, що зміст поняття господарської організації не є чітко визначеним навіть у межах ГК України. Наприклад, відповідно до ст. 56 ГК України йдеться про суб'єкта господарювання, що певною мірою є логічним, а у ст. 118 ГК до господарських організацій законодавець вже відносить і об'єднання підприємств. Враховуючи, що поняття господарської організації є родовим для ГК України, видається незрозумілим, у яких саме видах господарських організацій (якщо не у всіх) виникають корпоративні права та відповідні правовідносини. Якщо ж припустити, що йдеться про усі види господарських організацій (що випливає з буквального тлумачення норми, закріпленої у ч. 1 ст. 167 ГК України), то має місце безпідставне розширення суб'єктного складу корпоративних прав. На актуальність цієї проблеми звертає увагу у своїх працях І.В. Спасибо-Фатеева².

Отже, легальне визначення корпоративних прав та відповідних правовідносин, закріплене у ст. 167 ГК України, не лише не сприяє однозначності у розумінні правової природи відповідних понять, а й спричиняє окремі проблеми для правозастосовної практики. «Фрагментарність» уваги законодавця до визначення корпоративних правовідносин створює підґрунтя для численних дискусій, підкреслює Н.С. Кузнецова³.

Водночас інше визначення корпоративних прав закріплено у п. 8 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства». Так, відповідно до нього корпоративні права визначаються як сукупність майнових і немайнових прав акціонера – власника акцій товариства, які випливають з права власності на акції, що включають право на участь в управлінні акціонерним товариством, отримання дивідендів та активів акціонерного товариства у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами⁴.

Безперечно, процитоване визначення, навіть незважаючи на те, що воно стосується лише акціонерних товариств, є більш вдалим, якщо порівняти його з дефініцією, закріпленою у ч. 1 ст. 167 ГК України, адже зазначається, що корпоративні права слід розглядати як комплекс і майнових, і немайнових прав.

Аналізуючи поняття корпоративних правовідносин, вважаємо за необхідне розглянути позиції представників доктрини цивільного права щодо цього питання. Так, В.М. Кравчук дотримується підходу, згідно з яким корпоративними правовідносинами слід вважати відносини, що виникають із сукупності прав та обов'язків, які має особа щодо конкретної юридичної особи та які визначаються організаційно-правовою формою юридичної особи⁵.

На думку Д.В. Ломакіна, корпоративні правовідносини є особливою групою цивільних правовідносин, які виникають у рамках юридичних осіб, заснованих на засадах участі (членства), – корпорацій, які опосередковують відносини майнової та немайнової участі в діяльності корпорації її учасників (членів)⁶.

В.А. Белов, визначаючи поняття корпоративних правовідносин, вважає, що корпоративними слід вважати відносини, що виникають у зв'язку з об'єднанням зусиль та (або) майна приватних осіб, які спрямовані на досягнення спільної мети. Виходячи з цього, вчений виділяє такі види корпоративних правовідносин: відносини, пов'язані з визначенням спільних цілей; відносини, що виникають у зв'язку з виявленням засобів їх досягнення; відносини щодо вчинення узгоджених дій відповідно до визначених цілей та засобів їх досягнення⁷.

На думку І.В. Спасибо-Фатеевої, корпоративні правовідносини – це врегульовані нормами права відносини, що складаються між корпорацією та її учасниками. Водночас вона підкреслює, що корпоративні правовідносини можуть виникати лише між підприємницькими товариствами, якими вчена вважає товариства з обмеженою відповідальністю і акціонерні товариства, та їх учасниками⁸.

Н.С. Кузнецова звертає увагу, що проблема визначення правової природи корпоративних правовідносин, галузевої належності правових норм, що їх регулюють, пов'язана з неоднаковим розумінням поняття корпорації. Так, під корпорацією слід розуміти юридичну особу, засновано на началах участі (членства), статутний капітал якої поділений на частки, що належить учасникам, які внаслідок цього здійснюють управління цієї юридичною особою. Виходячи з наведеного розуміння корпорації, слід вказати, що в українському праві поняття корпорації відповідають підприємницькі товариства, до яких відповідно до глави 8 ЦК України відносяться господарські товариства, які згідно із ч. 2 ст. 113 ЦК України можуть бути створені у формі повного товариства, командитного товариства, товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерного товариства, а також виробничі кооперативи⁹.

Аналіз української юридичної літератури дає підстави зробити висновок, щоб під юридичними особами корпоративного типу розуміють усі організаційно-правові форми юридичних осіб, створені з метою отримання прибутку і подальшого його розподілу між учасниками, за результатами створення яких у засновників виникає особливий вид майнових та особистих немайнових прав, що сукупно називаються корпоративними правами¹⁰.

Важливо також проаналізувати правову природу та відповідно галузеву належність корпоративних правовідносин. На нашу думку, питання визначення галузевої належності корпоративних правовідносин не є суто доктринальним. Так, визнання корпоративних правовідносин особливим видом цивільних правовідносин дає можливість поширити на них увесь цивільно-правовий інструментарій, у тому числі й захист цих відносин цивільно-правовими способами.

Погоджуємося з позицією Н.С. Кузнецової, яка обґрунтовано доводить органічний зв'язок між корпоративними правовідносинами як відносинами між учасниками юридичних осіб корпоративного типу (корпораціями) і власне корпораціями у зв'язку із діяльністю корпорації, у тому числі відносини, що виникають з приводу здійснення функцій корпоративного управління, та іншими відносинами, що становлять предмет галузі цивільного права, який базується на єдиній для усіх цих відносин матриці, якою є майнова та органі-

заційна автономія учасників, їхні вільне волевиявлення щодо виникнення правових відносин та визначення їх характеру, самотійній майновій відповідальності.

Визнання корпоративних правовідносин різновидом цивільних правовідносин означає, що цим відносинам властиві ознаки, визначені у ч. 1 ст. 1 ЦК України, а саме юридична рівність, вільне волевиявлення, майнова самотійність учасників відносин. Водночас звернемо увагу на те, що окремими представниками правової науки (у тому числі і господарського права) нерідко заперечуються вищенаведені ознаки корпоративних правовідносин з метою підтвердження того, що корпоративні відносини є складовою предмета господарсько-правового регулювання. Не заглиблюючись у розмежування галузей цивільного та господарського права, проаналізуємо основні аргументи такого підходу.

Насамперед запереченню підлягають такі ознаки як автономія волі та юридична рівність. На думку А.І. Камінки, характерною ознакою відносин щодо участі (членства) у товаристві є підпорядкування учасників рішенням товариства, що має місце у зв'язку із існуванням дисципліни особливого виду, яка істотно відрізняється від приватного права та тяжіє до права публічного¹¹.

І.С. Шиткіна дотримується позиції, згідно з якою корпоративним правовідносинам властиві ознаки влади та підпорядкування, виходячи з того, що рішення корпорації, прийняте її органами управління відповідно до їх компетенції, є обов'язковим для учасників¹². Аналогічної позиції дотримується і О.М. Переверзев, розглядаючи корпоративні відносини виключно з позиції управління господарською діяльністю¹³.

У зв'язку з вищенаведеним виникає обґрунтоване питання: чи обов'язковість рішень корпорації як одного із суб'єктів корпоративних правовідносин по відношенню до її учасників є достатнім для того, щоб констатувати відсутність юридичної рівності сторін та регулювання відносин між ними на засадах субординації? На нашу думку, відповідь на це питання є негативною. Якщо ж дати ствердну відповідь на вищезазначене питання, то у такому випадку більшість цивільних правовідносин слід характеризувати як такі, що засновані на засадах субординації та відсутності юридичної рівності сторін. У зв'язку із вказаним доцільно згадати позицію О.С. Іоффе, який вважав, що критерієм для розмежування відносин субординації та координації є не функція, яку виконують відповідні суб'єкти у конкретних правовідносинах, а їх загальний цивільно-правовий статус, ґрунтуючись на якому між суб'єктами і виникають конкретні цивільно-правові відносини¹⁴.

Вважаємо таку позицію обґрунтованою, адже рішення корпорації, прийняте її органами управління відповідно до їх компетенції, навряд чи можна вважати проявом владних повноважень, обумовлених відповідним правовим статусом. Йдеться про здійснення суб'єктних цивільних прав та таким чином реалізацію цивільної правосуб'єктності. Невиконання рішень корпорації є порушенням суб'єктивного цивільного права, що може бути захищено відповідними цивільно-правовими способами захисту, у той час коли ігнорування владного припису має наслідком застосування до порушника примусових заходів щодо вчинення останнім обов'язкової дії¹⁵.

Вищенаведене, на нашу думку, підтверджує, що вести мову про відсутність юридичної рівності та автономії волі сторін у корпоративних правовідносинах недоречно.

Ще один аргумент проти віднесення корпоративних правовідносин до предмета цивільно-правового регулювання ґрунтується на запереченні майнового характеру корпоративних правовідносин та їх аналізі з позиції організаційних відносин. Насамперед вважаємо за необхідне зазначити, що у науці цивільного права неоднозначно сприймається виділення організаційних відносин як самотійного виду цивільних правовідносин. Так, концепцію організаційних правовідносин істотно критикували О.С. Іоффе та Ю.К. Толстой¹⁶. Вчені зазначали, що організаційний характер – це ознака будь-яких правовідносин, у зв'язку з цим є недоцільним виокремлювати такі відносини та розглядати їх як самотійний вид відносин цивільно-правових. Водночас С.С. Алексєєв зазначав, що поділ правовідносин на майнові та організаційні містить у собі змістовне логічне протиріччя, адже майнові відносини виокремлено за критерієм об'єкта, а організаційні – за критерієм змісту¹⁷. Ця позиція була підтримана і С.М. Братусем¹⁸.

Безперечно, корпоративним правовідносинам властива організаційна складова, спрямована на упорядкування майнових зв'язків між їх учасниками. Однак цього видається недостатньо для того, аби вести мову про характеристику корпоративних правовідносин виключно як організаційних. На сьогодні взагалі важко віднайти будь-яке цивільне правовідношення, яке було б позбавлено організаційних начал¹⁹.

У зв'язку з цим правова природа корпоративних правовідносин повинна визначатися, виходячи із сутності цих відносин, які є майновими.

Водночас не слід забувати і про те, що реалізація майнової складовою корпоративних правовідносин нерозривно пов'язана із здійсненням немайнових корпоративних прав, до яких насамперед слід віднести право на інформацію та право на управління. Вважається, що реалізація немайнових корпоративних прав спрямована насамперед на задоволення майнового інтересу їх носіїв.

Враховуючи вищенаведене, слід зробити однозначний висновок про те, що корпоративні правовідносини є видом цивільних правовідносин, адже вони засновані на засадах юридичної рівності, вільного волевиявлення та майнової самотійності їх учасників.

Корпоративні правовідносини характеризуються наявністю особливих ознак, що допомагає виокремити їх серед інших цивільних правовідносин. До них насамперед належить комплексний характер цих відносин, пов'язаний з тим, що до їх змісту входять як немайнові права (право брати участь в управлінні юридичною особою, одержувати інформацію про її діяльність), так і майнові (право на отримання дивідендів тощо). Особливістю є те, що ці права не можуть існувати окремо, адже вони є взаємообумовлюючими. Наприклад, при відчуженні акціонером акцій до покупки останніх переходить не лише речове право (право власності на акції), а й немайнові корпоративні права.

Аналогічної позиції дотримується І.В. Спасибо-Фатеева, яка переконує, що на сьогодні неможливо однозначно стверджувати, що корпоративні правовідносини є майновими або немайновими. Навпаки, погляд на комплексний характер корпоративних правовідносин не лише підкреслює їх особливість з-поміж інших видів цивільних правовідносин, а є об'єктивно зумовленим²⁰.

Визначивши комплексну правову природу корпоративних правовідносин, що полягає у поєднанні у них як майнового, так і немайнового змісту, слід звернути увагу на класифікацію таких прав на речові та зобов'язальні, абсолютні та відносні.

Так, на думку Д.В. Ломакіна, відповідь на це питання є доволі складною, адже корпоративні права не можуть бути визнані зобов'язальними, оскільки вони не зобов'язують інших осіб, а переважно стосуються вчинення активних дій управомоченою особою. Водночас права учасника корпорації не є речовими, бо їх об'єктами не є індивідуально визначені речі, а самі права є відносними, зважаючи на обмежене коло зобов'язаних осіб. Винятком з такої концепції вченого вбачається право на дивіденди, яке він розглядає як класичне зобов'язальне право (право вимоги)²¹.

Беручи до уваги зазначене, вважаємо за необхідне зробити висновок, що усі корпоративні права є різнорідними. Так, право на дивіденди та право на отримання частини активів корпорації у разі ліквідації останньої є майновими зобов'язальними правами. Разом із тим, право на управління корпорацією та право на інформацію є немайновими правами. У зв'язку з цим, на нашу думку, не доцільно намагатися об'єднати корпоративні права в одну цілісну групу, зважаючи на неоднорідність їх змісту та правової природи.

Враховуючи, що корпоративними правовідносинами є відносини, пов'язані зі створенням та управлінням корпораціями (юридичними особами корпоративного типу), метою діяльності яких є отримання прибутку і подальший його розподіл між учасниками, викликає великий подив практика національних вищих судових інстанцій щодо намагання віднайти корпоративні правовідносини у тих видах юридичних осіб, у яких їх в принципі бути не може. Йдеться насамперед про кредитні спілки та обслуговуючі кооперативи.

Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про кредитні спілки» кредитна спілка визнається неприбутковою організацією, заснованою фізичними особами, професійними спілками, їх об'єднаннями на кооперативних засадах з метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків членів кредитної спілки²².

Неприбутковість як ознака кредитної спілки цілком логічно означає, що її мета не полягає в одержанні прибутку, а у наданні фінансових послуг, у тому числі щодо взаємного кредитування її членів. Отже, вести мову про корпоративні правовідносини не доводиться. Аналогічна правова позиція була сформульована в ухвалі Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України у справі № 6-18583св08 від 10 грудня 2008 р., у якій зазначалося, що спір між засновником кредитної спілки та кредитною спілкою про стягнення з останньої пайових внесків та відсотків на пайові внески не є корпоративним та підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства²³.

Водночас підхід новоствореного Верховного Суду до порядку розгляду цієї категорії спорів наразі встановити неможливо. Так, ухвалою Верховного Суду (Касаційного цивільного суду) у справі № 338/667/19 від 26 лютого 2020 р., вбачаючи у справі правову проблему, аналогічний спір передано на розгляд колегії у складі п'яти суддів²⁴.

Важко погодитися і з правовою позицією, сформульованою Великою Палатою Верховного Суду у постанові у справі № 509/577/18 від 24 квітня 2019 р. про визнання недійсним рішення загальних зборів членів житлово-будівельного кооперативу²⁵. Так, Велика Палата Верховного Суду зазначає, що обслуговуючий кооператив незалежно від напрямку його діяльності є господарською організацією – юридичною особою, яка здійснює некомерційну господарську діяльність з моменту державної реєстрації на підставі закону та свого статуту, а члени обслуговуючого кооперативу незалежно від напрямку його діяльності є носіями корпоративних прав, а відносини між його членами та кооперативом, які пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, є корпоративними.

Звичайно, погодитися з наведеним вище вкрай важко. Згідно із ст. 2 Закону України «Про кооперацію» обслуговуючий кооператив утворюється шляхом об'єднання фізичних та/або юридичних осіб для надання послуг переважно членам кооперативу, а також іншим особам з метою провадження їх господарської діяльності²⁶. Обслуговуючі кооперативи надають послуги іншим особам в обсягах, що не перевищують 20 відсотків загального обороту кооперативу. Відповідно до ч. 3, 5 ст. 23 цього ж Закону чітко визначено, що кооперативи мають право провадити будь-яку господарську діяльність, передбачену статутом і не заборонену законом. Виробничі кооперативи провадять господарську діяльність з метою одержання прибутку. Інші кооперативи надають послуги своїм членам, не маючи на меті одержання прибутку. На нашу думку, враховуючи наведене, можна зробити однозначний висновок про те, що в обслуговуючому кооперативі в принципі не можуть виникнути корпоративні правовідносини в силу його правового статусу.

Підтримує такий підхід і суддя Великої Палати Верховного Суду Н.П. Лященко, яка в окремій думці на постанову у справі № 509/577/18 від 24 квітня 2019 р. зазначає, що корпоративні права характеризуються такими ознаками: особа має частку у статутному капіталі (майні) господарської організації, має право на участь в управлінні господарською організацією та на отримання певної частини прибутку (дивідендів) господарської організації. Таким чином, хоча члени обслуговуючого (житлового) кооперативу мають право участі у діяльності кооперативу, а також в управлінні ним, проте з огляду на неприбутковий характер діяльності обслуговуючого кооперативу не мають права на отримання певної частки прибутку цієї організації та не мають частки в майні обслуговуючого кооперативу. Відповідно, члени обслуговуючого житлово-будівельного кооперативу не є носіями корпоративних прав, а відносини між його членами та кооперативом не є корпоративними²⁷. На нашу думку, така позиція є об'єктивно правильною.

Висновки. Легальне визначення корпоративних прав та відповідних правовідносин, закріплене у ст. 167 ГК України, створює підґрунтя для численних дискусій, сприяє неоднозначності у розумінні правової природи відповідних понять та спричиняє окремі проблеми для правозастосовної практики. Погоджуємося з позицією Н.С. Кузнецової щодо існування органічного зв'язку між корпоративними правовідносинами та іншими відносинами, що являють собою предмет галузі цивільного права, адже визнання корпоративних правовідносин особливим видом цивільних правовідносин дає можливість поширити на них увесь цивільно-правовий інструментарій, у тому числі і захист цих відносин цивільно-правовими способами.

Корпоративні правовідносини, базуючись на єдиній для усіх цивільних відносин матриці, якою є юридична рівність, майнова та організаційна автономія учасників, вільне волевиявлення та самостійність майнової відповідальності, характеризуються наявністю особливих ознак, що допомагають виокремити їх серед інших цивільних правовідносин. До них насамперед належить комплексний характер цих відносин, пов'язаний з тим, що до їх змісту входять як немайнові права, так і майнові, які є взаємообумовлюючими. Усі корпоративні права є різнорідними. Так, право на дивіденди та право на отримання частини активів корпорації у разі ліквідації останньої є майновими зобов'язальними правами. Разом із тим, право на управління корпорацією та право на інформацію є немайними правами. У зв'язку з цим, на нашу думку, не доцільно намагатися об'єднати корпоративні права в одну цілісну групу, зважаючи на неоднорідність їх змісту та правової природи.

Проведений аналіз судової практики дає підстави зробити висновок про наявність окремих істотних проблем у застосуванні судами правових норм, присвячених регулюванню корпоративних правовідносин. На окрему увагу заслуговує судова практика, відповідно до якої корпоративними пропонується вважати правовідносини, що виникають у кредитних спілках та обслуговуючих кооперативах, що на наше переконання, вкрай складно вважати правильним.

¹ Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 18, 19–20, 21–22. С. 144.

² Спасибо-Фатєєва І.В. Вчення про корпоративні права та цивілістична доктрина. *Право України*. 2014. № 6. С. 84.

³ Кузнецова Н.С. О корпоративном праве и корпоративном законодательстве Украины: проблемные вопросы. *Гражданское право*. 2013. № 4. С. 10.

⁴ Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 50–51. С. 384.

⁵ Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. Київ: Істина, 2005. С. 259–260.

⁶ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. Москва : Статут, 2008. С. 27.

⁷ Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / В.А. Белов и др. Москва: Изд-во Юрайт, 2019. С. 24.

⁸ Спасибо-Фатєєва І.В. Вчення про корпоративні права та цивілістична доктрина. *Право України*. 2014. № 6. С. 85.

⁹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. С. 356.

¹⁰ Луць В.В., Васильєва В.А., Кібенко О.Р., Спасибо-Фатєєва І.В. Корпоративне право України : підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 96.

¹¹ Каминка А.И. Очерки торгового права. Санкт-Петербург: Право, 1912. 447 с. URL: <https://lawbook.online/kniga-rossii-pravo-hozyaystvennoe/ocherki-torgovo-go-prava-tsentr.html> (дата звернення: 04.01.2020).

¹² Шиткина И.С. Корпоративное право : учебник. Москва : Волтерс Клувер, 2007. С. 142.

¹³ Переверзев О.М. Господарсько-правове забезпечення корпоративного контролю в акціонерних товариствах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Донецьк, 2004. С. 5.

¹⁴ Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ленинград: Право, 1949. 144 с. URL: http://adhdportal.com/book_1234.html (дата звернення: 05.01.2020).

¹⁵ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. Москва: Статут, 2008. С. 72.

¹⁶ Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть 1). Ленинград: Изд-во Ленинградского университета, 1975. 160 с. URL: <https://www.twirpx.com/file/278637/> (дата звернення: 06.01.2020).

¹⁷ Алексеев С.С. Предмет советского социалистического гражданского права. Свердловск, 1959. С. 118.

¹⁸ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. Москва : Госюриздат, 1963. С. 65.

¹⁹ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. Москва : Статут, 2008. С. 73–74.

²⁰ Спасибо-Фатєєва І.В. З'ясування поняття та змісту корпоративних відносин та корпоративних прав як передумова вирішення корпоративних спорів. *Вісник господарського судочинства*. 2007. № 6. С. 101.

²¹ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. Москва : Статут, 2008. С. 80–84.

²² Про кредитні спілки : Закон України від 20 грудня 2001 р. № 2908-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 15. С. 101.

²³ Ухвала Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України у справі № 6-18583св08 від 10 грудня 2008 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2652829> (дата звернення: 10.01.2020).

²⁴ Ухвала Верховного Суду у справі № 338/667/19 від 26 лютого 2020 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87888186> (дата звернення: 05.03.2020).

²⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 509/577/18 від 24 квітня 2019 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81691869> (дата звернення: 12.01.2020).

²⁶ Про кооперацію : Закон України від 10 липня 2003 р. № 1087-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 5. С. 35.

²⁷ Окрема думка на постанову у справі № 509/577/18 від 24 квітня 2019 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81552773> (дата звернення: 12.01.2020).

Резюме

Соловійов Б.О. Поняття та правова природа корпоративних правовідносин: позиція доктрини та судової практики.

У статті проаналізовано положення національного законодавства щодо визначення поняття корпоративних прав та відповідних правовідносин. Досліджено позицію представників доктрини цивільного права стосовно правової природи та особливостей корпоративних правовідносин. Доведено, що визнання корпоративних правовідносин особливим видом цивільних правовідносин дає можливість поширити на них увесь цивільно-правовий інструментарій. Проаналізовано відповідну практику вищих судових установ. Аналіз законодавства та судової практики дав можливість виокремити окремі проблеми, які потребують усунення. Зокрема, йдеться про «фрагментарність» уваги законодавця до визначення корпоративних правовідносин, що створює підґрунтя для численних дискусій, намагання віднайти корпоративні правовідносини у тих видах юридичних осіб, яким вони не властиві.

Ключові слова: корпоративні правовідносини, корпоративні права, предмет цивільно-правового регулювання, корпорації, юридичні особи корпоративного типу, кредитні спілки, обслуговуючі кооперативи.

Резюме

Соловьёв Б.О. Понятие и правовая природа корпоративных правоотношений: позиция доктрины и судебной практики.

В статье проанализированы положения национального законодательства относительно определения понятия корпоративных прав и соответствующих правоотношений. Исследована позиция представителей доктрины гражданского права относительно правовой природы и особенностей корпоративных правоотношений. Доказано, что признание корпоративных правоотношений особым видом гражданских правоотношений дает возможность распространить на них весь гражданско-правовой инструментариум. Проанализирована соответствующая практика высших судебных органов. Анализ законодательства и судебной практики позволил выделить отдельные проблемы, требующие устранения. В частности, речь идет о «фрагментарности» внимания законодателя к определению корпоративных правоотношений, что создает почву для многочисленных дискуссий, попытки найти корпоративные правоотношения в тех видах юридических лиц, которым они не свойственны.

Ключевые слова: корпоративные правоотношения, корпоративные права, предмет гражданско-правового регулирования, корпорации, юридические лица корпоративного типа, кредитные союзы, обслуживающие кооперативы.

Summary

Borys Soloviov. The concept and legal nature of corporate relations: the position of doctrine and judicial practice.

Nowadays the processes of democratization, liberalization, integration of Ukraine into European and world space take place. The undisputed significance for these processes is the signing of the Association Agreement between Ukraine and the European Union. Thus, the rapprochement of Ukraine with the European community, which has taken place in recent years, affects the sphere of private law relations, which make up the subject matter of civil law. Taking all mentioned above into account corporate relations and its national regulation is critical issue for analysis.

The provisions of national legislation regarding the definition of corporate rights and respective legal relations are analyzed. Special attention is paid to the position of the civil law doctrine representatives in terms of legal nature and features of corporate legal relations. Analysis of current doctrine gives ground to state that corporate relations are considered to be a special type of civil legal relations that make up the subject of civil law. At the same time recognition of corporate relations as a type of civil ones makes it possible to use all the civil law tools and mechanism of legal protection and enforcement for corporate relations regulation.

The relevant practice of the highest judicial bodies of Ukraine is analyzed. The analysis of the legislation and judicial practice has given an opportunity to stress some problems that need to be eliminated. To our mind, one of the main problems is “fragmentation” of the legislator’s attention to the definition of corporate legal relations, which creates the ground for numerous discussions. At the same time there are critical problems in judicial practice. For instance, we cannot agree with the Supreme Court’s attempts to find corporate legal relations in those types of legal entities in which such legal relations do not take place at all.

It is crucial to stress that recodification of civil legislation in Ukraine has its direct impact on private legal relations system and its mechanism of legal regulations.

Key words: corporate relations; corporate rights; subject matter of civil law regulation; corporations; corporate legal entities; credit unions; service cooperatives.

О.І. ФОМІНА

Оксана Ігорівна Фоміна, аспірантка Національного університету «Одеська юридична академія»*

ORCID: 0000-0002-3516-9784

ВЗАЄМОВІДНОСИНИ МІЖ АДВОКАТОМ ТА КЛІЄНТОМ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Постановка проблеми. Сучасні тенденції реформування правоохоронних органів та правозахисних інститутів в Україні характеризуються приділенням значної уваги вивченню досвіду зарубіжних країн. Такий досвід є корисним і у пошуку шляхів удосконалення адвокатської діяльності, у тому числі щодо питань договірних відносин між адвокатом та клієнтом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У теорії адвокатури та у правозастосовній практиці неодноразово наголошувалося на проблематиці взаємовідносин адвоката з клієнтом. Деякі аспекти зазначеного актуального питання адвокатської діяльності було висвітлено в працях відомих вчених та практиків: Н.М. Бакаянної, А.М. Бірюкової, Т.В. Варфоломеевої, Т.Б. Вільчик, В.В. Заборовського, С.О. Іваницького, С.Я. Фурси та ін. Водночас необхідно системно дослідити відносини адвоката з клієнтом з використанням певних критеріїв, таких як: правове регулювання відносин між адвокатом та клієнтом, договір, що укладається між ними, поняття, що використовуються щодо сторін договору, перелік їх прав та обов'язків, види відповідальності та особливості оплати діяльності адвоката.

Формулювання мети статті. Мета дослідження полягає в комплексному аналізі зарубіжного досвіду формування взаємовідносин між адвокатом та клієнтом з метою визначення відмінних рис та позитивних особливостей, що можуть бути запозичені до національного законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність. Задля порівняння було обрано Англію, Німеччину, Францію та Польщу.

Виклад основного матеріалу. *Англія.* Взаємовідносини між адвокатом та клієнтом регулюються Законом про суди і юридичні послуги, Законом про солісіторів та виникають на підставі договору на виконання правових послуг. Щодо сторін договору, до них використовуються такі поняття, як «солісітор», або ж «баристер», та «клієнт». Зауважимо, що зміст договірних відносин залежить від суб'єкта, що надає правові послуги. Так, зміст договору, у якому однією зі сторін виступає баристер, пов'язаний із повноваженнями, необхідними для виступу його у суді, тоді як з солісітером – з наданням правової консультації (ведення переговорів, складення заповітів, управління майном, вирішення деяких питань у сімейних і трудових правовідносинах, консультування з питань діяльності компаній та підприємств).

Особливість діяльності адвокатів в Англії полягає і в тому, що баристер приймає справи до свого відома «за зверненням» від солісітера (солісітер виступає професійним клієнтом баристора, між якими також існують договірні відносини)¹.

Наступною особливістю є перелік видів відповідальності за неналежне виконання своїх обов'язків. Окрім звичної для українського законодавства дисциплінарної відповідальності за невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків адвокати в Англії підлягають цивільній відповідальності. Зазначимо, що законодавством не передбачено майнової відповідальності баристера за дії в судовому процесі. Протилежна ситуація могла б призвести до спроб ініціювати перегляд судових рішень з підстав «неякісної» роботи баристера. Разом із тим інша категорія англійських адвокатів (солісітери) зобов'язані мати професійну страховку та робити відрахування в компенсаційний фонд, який гарантує, що в разі недобросовісної поведінки фінансовий стан клієнта не постраждає².

Щодо гонорару, то він визначається за згодою сторін, а у разі її відсутності – на підставі закону. До умов, які впливають на розмір гонорару, відносять: складність та заплутаність справи; залучення спеціалістів, особливих знань, праці, вміння та відповідальності; витрачений час; кількість та значущість складених документів і тих, що були вивчені; місце й обставини виконання роботи або її частини; вартість об'єкта угоди; значимість угоди для клієнта, що є оціночною категорією та носить суб'єктивний характер.

Суттєвою особливістю гонорарної практики в Англії є право суду перевірити обґрунтованість розміру гонорару, навіть якщо він був встановлений із клієнтом в угоді. Крім того, встановлено максимальний розмір додаткової винагороди (винагорода, що залежить від успіху справи), яка не може перевищувати 100 % витрат, які належать клієнтові зі сторони, що прогнала справу, та 25 % від суми стягнутих збитків.

Позитивним, на нашу думку, є передбачення правила, що солісітер, перш ніж оскаржувати дії клієнта, щодо несплати гонорару, має звернутися до Taxin-Master, який встановить обґрунтованість гонорару та його відповідність складності справи³. Вважаємо, що подібна процедура є корисною задля збереження взаємовідносин із колишнім клієнтом та підтримання ділової репутації адвоката. На жаль, подібний позасудовий порядок вирішення такого конфлікту в українському законодавстві відсутній.

Німеччина. Головним нормативно-правовим актом, що визначає зміст взаємовідносин між адвокатом та клієнтом, є Федеральне Положення про адвокатуру та Федеральне положення про оплату послуг адвоката.

Угода між клієнтом та адвокатом може укладатися у двох видах: договорі доручення або договорі підряду. Метою першого є здійснення адвокатом певної діяльності (надання послуги високого рівня), метою другого – певний результат, наприклад, підготування проекту позову, скарги, договору⁴.

До клієнта та адвоката використовуються поняття «замовник» та «правовий радник» відповідно. Щодо особливостей адвокатської діяльності в Німеччині, варто відзначити закріплення в національному законодавстві такого поняття, як «адвокатська справа», яке є подібним до українського «адвокатське досье». Звернемо увагу, що його ведення для українських адвокатів є лише рекомендацією, а його відсутність не може бути підставою притягнення до дисциплінарної відповідальності. В Німеччині ситуація ж вкрай протилежна. Так, адвокат має зберігати справи протягом п'яти років після виконання доручення (обов'язок може бути припинено до закінчення вказаного строку, якщо адвокат просив клієнта прийняти справи, а останній не виконав цього прохання протягом шести місяців після його отримання⁵).

Заслужують на увагу і деякі додаткові обов'язки адвоката щодо клієнта. Наприклад, він повинен забезпечувати наявність заступника у разі неспроможності більше одного тижня виконувати свої професійні обов'язки або якщо він планує залишити адвокатську контору на термін більше одного тижня⁶. Незважаючи на те, що вказаний обов'язок є логічним та витікає із змісту загальних обов'язків адвоката, його закріплення вказує на клієнтоспрямованість всіх дій адвоката та реалізацію принципу пріоритету його інтересів.

Стосовно страхування професійної діяльності, то воно є обов'язковим для адвоката з метою забезпечення можливості покриття ризику відповідальності за матеріальні збитки, що можуть виникнути під час його професійної діяльності.

Щодо винагороди адвоката, то в Німеччині гонорар за надання допомоги визначається домовленістю між адвокатом і клієнтом у межах, установлених федеральним статутом адвокатських тарифів. Відхилення від федерального статуту адвокатських тарифів допускається у двох випадках: якщо адвокат укладає зі своїм клієнтом письмову угоду про гонорар, якою обумовлений підвищений його розмір, ніж довелося б платити клієнту за тарифом, і коли у тривалих угодах передбачено погодинну винагороду⁷. Існує два способи оплати гонорару: загальна сума від ціни спору та рамочні суми, зроблені адвокатом за справедливою оцінкою. Так, у цивільному процесі більшу вагу мають доказові такси, нараховані на кожен зібраний адвокатом доказ, за участь у судовому засіданні, за ведення переговорів.

При визначенні розміру гонорару враховуються суть справи, її ціна, складність тощо. Додатково можуть враховуватись такі фактори, як досягнення мирової угоди. У цьому випадку оплата адвоката подвоюється⁸.

Франція. Правовим базисом для регулювання діяльності адвокатів у Франції є Основний закон про статус адвокатів. Відносини між судовими представниками й довірцями у цивільному процесі Франції ґрунтуються на договорі доручення, який виникає після добровільного прийняття на себе адвокатом виконання функцій представництва в цивільному процесі за відповідну винагороду.

Щодо страхування професійної діяльності, то воно також є обов'язковим (мінімальний розмір страхової суми два мільйони франків на рік з розрахунку на одного адвоката⁹).

Оплата праці адвоката встановлюється вільно за згодою сторін. Гонорар може бути встановлено у грошовій сумі, що має бути виплачена одноразово, у формі погодинної оплати праці або у змішаній формі. За загальним правилом, розмір гонорару залежить від складності справи, її обсягу, рівня кваліфікації адвоката, майнового стану клієнта. Проте угода може передбачати і додаткові умови для винагороди, наприклад, досягнення результату (встановлення гонорару лише залежно від отриманого результату забороняється)¹⁰.

Проблематика щодо адвокатського гонорару у Франції є досить складною у зв'язку з непоодинокими суперечками між адвокатами і клієнтами з приводу сум винагород. Досить поширеними є випадки звернення клієнта до голови адвокатської колегії з вимогою встановити суму гонорару, що підлягає виплаті адвокату – члену даної колегії у зв'язку з наданими послугами (звернемо увагу, що в Україні кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури не розглядають питання, що пов'язані із розміром гонорару або його поверненням)¹¹.

Польща. Головним актом, що регулює взаємовідносини адвоката та клієнта, які є дуже подібними до українських, є Закон Польщі «Право про адвокатуру». Звернемо увагу на деякі відмінності. Адвокат підлягає обов'язковому страхуванню від цивільної відповідальності за шкоду, спричинену його діяльністю, проте вказаний обов'язок не стосується тих адвокатів, що не здійснюють адвокатську діяльність. Крім того, в Кодексі адвокатської етики Польщі значно більше уваги приділяється довірі між клієнтом та адвокатом. У зв'язку з чим передбачено обов'язок адвоката припинити договір (довіреність), якщо обставини вказують на те, що клієнт втратив до нього довіру. Водночас адвокат не може зловживати цим правилом з метою отримання звільнення від ведення справи від уряду¹².

Проблематиці довіри між адвокатом та клієнтом в Україні також приділяється увага, проте, на нашу думку, недостатня. Так, можна відзначити й відсутність визначення цього поняття. У зв'язку з цим пропонуємо визначити довіру між адвокатом та клієнтом як результат дій адвоката та клієнта, що залежить від морально-психологічних, особистісних та професійних якостей адвоката і морально-психологічних та особистісних якостей клієнта та знаходить прояв в особливому психологічному кліматі взаємовідносин, що сприяє якості виконання доручення.

На підставі проведеного дослідження можна зробити висновок про наявність як тотожних, так і відмінних рис. Серед першої групи можна відзначити порядок визначення розміру гонорару (за згодою сторін), прийняття участі держави у формуванні розміру такої оплати (в Україні це стосується адвокатів, що надають безкоштовну правову допомогу), поширення практики щодо використання адвокатського досье.

Щодо останньої риси зазначимо, що його введення на підставі рішення Ради адвокатів України № 169 не є обов'язковим, а його відсутність не може бути підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної

відповідальності та не є доказом ненадання, неналежного, неповного, несвоєчасного чи неякісного надання ним правової допомоги¹³.

Зауважимо, що в деяких випадках ведення адвокатського дос'є не є доцільним та може призвести до додаткових витрат часу та вжиття заходів з належного забезпечення його зберігання тощо. Отже, його ведення повинно і надалі мати рекомендаційний характер, якщо інше не буде передбачено за взаємною згодою сторін у договорі про надання правової допомоги. З метою посилення правового стану цього документа вважаємо за доцільне до ч. 1 ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» внести доповнення: «Відомості, що містяться в адвокатському дос'є складають адвокатську таємницю». Крім того, потребує доповнення ч. 1 ст. 35 ПАЕ «Обов'язки адвоката при розірванні договору»: *у разі ведення адвокатського дос'є адвокат зобов'язується передати його клієнтові одночасно з розірванням договору*.

Щодо відмінних рис, то варто звернути увагу на такі: 1) наявність декількох видів професій, що здійснюють адвокатську діяльність (подібний розподіл є неприйнятним для запозичення, адже в Україні діє однорівнева модель адвокатської діяльності, коли одна особа поєднує функції правозахисника, судового представника, консультанта з правових питань¹⁴; 2) запровадження обов'язкового професійного страхування; 3) можливість врегулювання спору між адвокатом та клієнтом поза межами процедури дисциплінарного провадження; 4) допустимість використання гонорару успіху.

У зв'язку з тим, що проблематика використання гонорару успіху в Україні вже висвітлювалася нами раніше¹⁵, звернемо увагу на обов'язок професійного страхування адвокатів та можливість врегулювання спорів між адвокатом та клієнтом органами адвокатського самоврядування.

Щодо першого, зазначимо, що ані Закони України «Про страхування» чи «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», ані корпоративні акти органів адвокатського самоврядування не передбачають такого виду страхування. Першим кроком у напрямі зміни існуючої ситуації можна вважати Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр., в якій визначається необхідність системи страхування професійної цивільної відповідальності адвокатів, однак не міститься жодних конкретних дій щодо її втілення в життя¹⁶. Крім того, у 2015 р. до Верховної Ради України було внесено законопроект «Про внесення змін до деяких законів України (щодо обов'язкового страхування професійної відповідальності адвоката)», який у подальшому було відкликано.

Незважаючи на переваги цього інституту і на його вдале функціонування в зарубіжних країнах, видається неможливим його запозичення в сучасних умовах. Подібна ситуація обумовлюється наявністю непоодиноких випадків несвоєчасної сплати адвокатами щорічних внесків; створенням додаткових труднощів для осіб, які лише розпочали власну практику та не мають достатньої фінансової спроможності зробити страховий внесок; відсутності єдиної концепції щодо ідеї та порядку її впровадження в життя (який саме орган буде здійснювати страхування, розмір страхового внеску, порядок виплати відшкодування тощо). У якості компромісного підходу пропонуємо введення такого страхування спочатку на добровільній основі й лише у випадку сприйняття цієї ідеї адвокатами, запровадження цього обов'язку на національному рівні.

Щодо другого питання, а саме врегулювання спорів між адвокатами та клієнтами поза межами дисциплінарного провадження, то вказана ідея має безумовні переваги, а саме: зменшення навантаження на дисциплінарні палати кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури; збереження репутації адвоката; швидкий захист інтересів клієнта (порівняно із випадками, якщо справа дійде до суду). У зв'язку з цим постає питання щодо обрання моделі функціонування такого органу: в межах органів адвокатського самоврядування (як, наприклад, у Франції) або поза ними (як, наприклад, в Німеччині, де функціонує Комісія з примирення). Видається логічним функціонування такого органу в рамках органів адвокатського самоврядування, з урахуванням прикладу процедури мирного врегулювання конфлікту за участю іншого адвоката.

Висновки. Підсумовуючи викладене зазначимо, що дослідження зарубіжного досвіду в сучасних умовах зближення правових сімей та рівняння на найкращі традиції зарубіжної адвокатури є важливою умовою вдосконалення функціонування інституту адвокатури у межах судово-правової реформи, яка провадиться в Україні. На нашу думку, основним принципом реформування у цій сфері має бути забезпечення максимальної орієнтованості адвоката на реалізацію законних інтересів клієнта, з дотриманням незалежності та інших визначених гарантій адвокатської діяльності.

¹ Переверза І.М. Загальнотеоретичні підходи до моделювання адвокатської діяльності: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2016. С. 134.

² Боков О. Захищаючи себе і клієнта. Яким чином відбувається страхування діяльності адвокатів за кордоном і про що цей досвід говорить Україні. *Закон і бізнес*. № 32 (1226). С. 4. URL: https://zib.com.ua/ua/117999-yakim_chinom_vidbuvaetsya_strahuvannya_diyalnosti_advokativ_html

³ Гловацький І.Ю. Адвокатура зарубіжних країн (Англія. Німеччина. Франція): навч.-практ. посіб. Київ: Атіка, 2007. С. 97.

⁴ Там само. С. 289.

⁵ Федеральне Положення про адвокатуру. С. 19, 22. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/bundes_rechtsanwaltsordnung-ukr.pdf

⁶ Там само. С. 24.

⁷ Сопільник Л., Микитюк М., Заяць Р. Загальні принципи діяльності адвокатів. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2010. Вип. 5. С. 102.

⁸ Гловацький І.Ю. Адвокатура зарубіжних країн (Англія. Німеччина. Франція): навч.-практ. посіб. Київ: Атіка, 2007. С. 291.

⁹ Супрун О.В. Страхування адвокатської відповідальності в Україні. *Закарпатські правові читання*. 2014. Т. 2. С. 546.

¹⁰ Кудрявцева Н. Адвокатская деятельность во Франции. *Нижегородский адвокат*. 2011. № 9. URL: <http://apno.ru/magazine/2011/9.pdf>

¹¹ Там само.

¹² Кодекс адвокатської етики Польщі. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/kodeks-etyki-adwokackiej-ukr.pdf>

¹³ Положення про адвокатське досє: Рішення Ради адвокатів України від 04.08.2017 р. № 169. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2017-08-04-r-shennya-rau-169_59d23b518e85f.pdf

¹⁴ Переверза І.М. Загальнотеоретичні підходи до моделювання адвокатської діяльності: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2016. С. 129.

¹⁵ Фоміна О.І. Гонорар успіху як форма винагороди адвоката: перспектива впровадження. *Recht der Osteuropäischen Staaten*. 2019. № 1. С. 206–208.

¹⁶ Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: Указ Президента України від 20.05.2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>

Резюме

Фоміна О.І. Взаємовідносини між адвокатом та клієнтом: зарубіжний досвід.

Вивчення зарубіжного досвіду побудови взаємовідносин між адвокатом та клієнтом вказує на наявність як спільних, так і відмінних рис. До відмінних рис належать: наявність декількох видів професій, що здійснюють адвокатську діяльність; запровадження обов'язкового професійного страхування; можливість врегулювання спору між адвокатом та клієнтом поза межами процедури дисциплінарного провадження; допустимість використання гонорару успіху.

Обґрунтовано точку зору щодо неможливості запровадження обов'язкового професійного страхування для національних адвокатів в сучасних умовах. Такою, що потребує більш детального дослідження, визначено ідею щодо ведення адвокатського досє.

Запропоновано визначення поняття «довіра між адвокатом та клієнтом».

Ключові слова: адвокат, адвокатська діяльність, клієнт, зарубіжний досвід, договір про надання правової допомоги.

Резюме

Фоміна О.І. Взаимоотношения между адвокатом и клиентом: зарубежный опыт.

Изучение опыта построения взаимоотношений между адвокатом и клиентом свидетельствует о наличии как общих, так и отличительных черт. К отличительным относятся: наличие нескольких видов профессий, осуществляющих адвокатскую деятельность; введение обязательного профессионального страхования; возможность урегулирования спора между адвокатом и клиентом вне процедуры дисциплинарного производства; допустимость использования гонорара успеха.

Обосновано точку зрения о невозможности введения обязательного профессионального страхования для национальных адвокатов в современных условиях. Требующей более детального исследования признана идея о ведении адвокатского досє.

Предложено определение понятия «доверие между адвокатом и клиентом».

Ключевые слова: адвокат, адвокатская деятельность, клиент, зарубежный опыт, договор об оказании правовой помощи.

Summary

Oksana Fomina. Relationship between an advocate and a client: foreign experience.

Relationship between the advocate and the client is a set of interrelated rights and obligations, guarantees and responsibilities. Taking into account the current political trends in the state, it can be noted that one of the most common ways of reforming national institutions is studying their activity in foreign countries. Thus, in order to find ways to improve the relationship between the advocate and the client under the agreement on the provision of legal assistance, we propose to examine the peculiarities of these relations in such foreign countries as England, Germany, France and Poland. To ensure the consistency of the study, we propose to use certain criteria, such as: legal regulation of relations, name of the contract on the basis of which legal assistance is provided, names that are used to the parties of the contract, list of their rights and obligations, types of responsibilities and peculiarities of payment for the advocate's activity.

The urgency of the selected issues is confirmed by the fact that some of its aspects were examined in the scientific writings of such scientists and practitioners as: N. Bakyanova, A. Biryukova, T. Varfolomeeva, T. Vilchik, S. Fursa, and others.

Studying the foreign experience of relationship between the advocate and the client indicates that there are both common and distinct features. The distinguishing features include such as: presence of several types of professions engaged in the advocate activity; compulsory professional insurance; possibility of settling a dispute between the advocate and the client outside the disciplinary proceedings; admissibility of using the success fee.

The point of view on the impossibility of introducing compulsory professional insurance for national advocate in the current context is justified. The idea about advocate's fee, which has recommended character, is examined.

The definition of the concept of "trust between the lawyer and the client" is proposed as a result of the actions of the advocate and the client, which depends on the moral-psychological, personal and professional qualities of the advocate and the moral-psychological and personal qualities of the client, and finds a manifestation in the special psychological climate of the relationship which promotes the quality of the order execution.

Key words: advocate, advocate activity, client, foreign experience, agreement on the provision of legal assistance.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.57

УДК 347.77

Ю.Л. БОШИЦЬКИЙ

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор, ректор Київського університету права НАН України**
ORCID: 0000-0002-1569-8857

ПОГЛИБЛЕННЯ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ ГРОМАДЯН ЯК ЗАСІБ ОПТИМІЗАЦІЇ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. В умовах ринкових відносин правове регулювання інтелектуальної творчої діяльності людини надзвичайно важливе для будь-якого суспільства. В Україні є чимало проблемних питань правового регулювання цієї сфери. Можна виділити основні вектори. Зокрема, це неготовність суспільства поважати право інтелектуальної власності, зневага до охорони результатів інтелектуальної праці, а також відсутність дієвих механізмів охорони та захисту результатів інтелектуальної творчості. Сьогодні ми спостерігаємо високий рівень піратства та великі масштаби порушень права інтелектуальної власності. Що стосується нормативно-правового регулювання питань, пов'язаних із введенням об'єктів права інтелектуальної власності, то воно недосконале. Але найбільш серйозною проблемою в цій галузі є як низький рівень загальної культури громадян України, так і низький рівень освіти у сфері інтелектуальної власності. Це – причина неналежного рівня фахової підготовки суддів, працівників органів МВС, СБУ, митної та податкової служб та інших спеціалістів, діяльність яких пов'язана з відносинами інтелектуальної власності тощо. Окремого аналізу заслуговує і питання суперечливості законодавства з інтелектуальної власності, адже окремі законодавчі акти його не приведені між собою у відповідність. І це в цілому свідчить як про недосконалість нормативно-правової бази щодо регулювання загальних питань інтелектуальної власності, так і розподілу прав на результати творчої діяльності, виконані за рахунок бюджетних коштів¹. Так, наприклад, правове регулювання винахідництва передбачає розширення суспільних відносин, які сприяли б позитивному впливу зовнішніх чинників на темпи прискорення та оптимізації винахідницької справи, на соціальну спрямованість винахідництва, реалізацію й координування інтересів учасників інноваційного циклу між собою та з інтересами суспільства, поєднання механізмів управління економікою та винахідництвом, досягнення єдності соціально значущої мети науково-технічного циклу тощо. У цілому ефективний розвиток створення та використання об'єктів інтелектуальної власності, їх дієва та належна правова охорона залежать значною мірою від рівня правової культури громадян.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми захисту інтелектуальної власності та підвищення рівня правової культури в цій сфері розглядалися у працях таких вітчизняних учених, як Г.А. Андрощук, М.К. Галянтич, А.А. Кодинець, О.В. Кохановська, В.М. Крижна, О.І. Харитонова, В.Г. Пилипчук, О.П. Орлюк, В.М. Панькевич, С.В. Бондаренко, С.Г. Гордієнко, С.О. Довгий, Н.М. Мироненко та ін.

Вагому роль відіграють дослідження, що проводяться міжнародними інституціями, такими як Всесвітня організація інтелектуальної власності тощо. Водночас, не применшуючи значення цих та багатьох інших досліджень, зазначимо, що дискусійним у цивільно-правовій, соціологічній та економічній науці залишається навіть поняття загальної правової культури, правосвідомості й правової культури інтелектуальної власності.

Формулювання мети статті. Мета даної статті – проаналізувати соціальні передумови того, що поглиблення правової культури громадян та їх правосвідомості є важливим чинником покращення охорони інтелектуальної власності в Україні в цілому.

Виклад основного матеріалу. Повнота правового регулювання передбачає створення таких правових гарантій, які можуть забезпечити розвиток і реалізацію різних форм власності в сфері як науково-технічної творчості, так і творчості в цілому. Тому законодавство в цій галузі обов'язково повинно відповідати певним умовам. По-перше, воно має бути повним, системним і обґрунтованим. Це означає врегулювання усіх видів і форм відносин, які виникають у процесі винахідницького пошуку й потребують правової регламентації. Водночас повнота законодавства не має зводитися до збільшення кількості нормативних актів. Уніфікація

© Ю.Л. Бошицький, 2020

* *Yuriy Boshytskyi, Ph.D. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Rector of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

законодавства повинна відбуватися на основі інтеграції, підвищення рівня системності та обґрунтованості правового регулювання. По-друге, правове регулювання творчої діяльності має стати органічною складовою правового регулювання як науково-технічного прогресу, так і всього господарського механізму.

Забезпечення надійних гарантій правової охорони інтелектуальної власності – невід’ємний атрибут державності будь-якої цивілізованої країни. Для того є достатнє правове підґрунтя: положення Конституції України (ст. ст. 41, 54), норми Цивільного кодексу України (Книга IV «Право інтелектуальної власності»), Господарського, Кримінального, Митного кодексів України, Кодексу України про адміністративні правопорушення. В Україні діють спеціальні закони у сфері інтелектуальної власності: «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»², «Про охорону прав на промислові зразки»³, «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»⁴, «Про охорону прав на сорти рослин»⁵, «Про охорону прав на зазначення походження товарів»⁶, «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем»⁷, «Про авторське право і суміжні права»⁸, «Про захист економічної конкуренції»⁹, «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм»¹⁰, «Про особливості державного регулювання діяльності суб’єктів господарювання, пов’язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування»¹¹. Діє низка підзаконних актів.

За оцінками Всесвітнього економічного форуму, технологіями, що формуватимуть майбутнє світове соціально-економічне середовище, є 12 ключових технологій четвертої індустріальної революції. По-перше, це штучний інтелект і робототехніка. По-друге, це повсюдні мережеві пункти віддаленого зв’язку. По-третє, це віртуальні та розширені реальності. По-четверте, це виробництво добавок. По-п’яте, це блокчейн та розподілені бухгалтерські технології. По-шосте, це нові прогресивні матеріали та наноматеріали. По-сьоме, це накопичення, зберігання та передача енергії. По-восьме, це нові обчислювальні технології. По-дев’яте, це біотехнології. По-десяте, це геоінженерія. По-одинадцять, це нейротехнології. І, по-дванадцять, це космічні технології¹². Що стосується України, то незважаючи на наявні досягнення у сфері інтелектуальної власності в минулі десятиріччя, наша країна продовжує стикатися з низкою проблем, що належать до даної сфери. Зокрема, це недостатнє освоєння результатів інтелектуальної творчості та інноваційної діяльності, що становить основу конкурентоспроможної економіки. Незадовільне використання малими і середніми підприємствами потенціалу інтелектуальної власності, а також недостатньо ефективне державне управління у сфері правової охорони цієї сфери. Рівень взаємодії державних, професійних та громадських інституцій у сфері правової охорони й захисту інтелектуальної власності вкрай низьким. А рівень піратства і контрафакції, який становить підвищений ризик для економічної безпеки країни та здоров’я вітчизняного споживача, вкрай високим. У результаті інтелектуальна власність в Україні сьогодні не розглядається як один із ключових факторів у економічному, соціальному й культурному розвитку країни, відсутня послідовна політика як у цій сфері, так і в системі науки та освіти, і дуже низький рівень загальної культури й культури у сфері інтелектуальної власності тощо.

Якщо торговельні відносини нашої країни з європейськими економічними структурами в правовому аспекті сприяли приєднанню практично до більшості універсальних міжнародних конвенцій і договорів у сфері охорони інтелектуальної власності, то сьогодні ще залишається низка питань щодо приєднання до ряду міжнародних конвенцій і договорів та їх виконання. А стосовно реалізації в національному законодавстві принципів Угоди ТРІПС, то слід зазначити, що їх ключові положення спрямовані на застосування процедур захисту прав інтелектуальної власності, які не мають створювати бар’єри розвитку економіки та законній торгівлі.

Цілоком природно, що законодавство в будь-якій сфері суспільних відносин не може бути ідеальним. Тому, торкаючись прогалин, недоліків, суперечливих положень у чинному національному законодавстві в сфері інтелектуальної власності, фактів невідповідності міжнародним, зокрема європейським стандартам, їх потрібно вирішувати комплексно, продумано, враховуючи доцільність, і негайно.

Економічне, політичне, культурне чи будь-яке інше цивілізоване співіснування нашої держави з європейською спільнотою та іншими країнами світу передбачає обов’язкове врахування міжнародних стандартів у різних сферах суспільних відносин, у тому числі й у сфері інтелектуальної власності. Згадані стандарти зумовлюють певні правила поведінки в аспекті міжнародної торгівлі, захисту прав та інтересів авторів і власників охоронних документів тощо. Принципи та загальні положення цих правил були встановлені Угодою Світової організації торгівлі про торгові аспекти прав інтелектуальної власності, директивами Ради ЄС. Курс України на інтеграцію з європейською спільнотою, активне членство та співпраця зі Світовою організацією торгівлі потребують забезпечення належної охорони та захисту прав на всі об’єкти інтелектуальної власності на рівні, який існує в економічно розвинених країнах. Надзвичайно велика або навіть і провідна роль у цьому належить правовій культурі наших громадян. Її рівень стосується в цілому всіх об’єктів інтелектуальної власності, однак для конкретизації достатньо обирати один із них.

Поняття «культура» відображає рівень матеріального й духовного поступального розвитку людства. Право є надбанням духовної культури суспільства, а правосвідомість – передумова та складова частина правової культури. Правова культура суспільства – це позитивна якість поступу правового життя суспільства, що забезпечує його стабільність, подальший прогрес і якість розвитку та обов’язково має бути пов’язаною з такими його атрибутами, як правова ідеологія, правотворчість, законодавство, законність, правопорядок, інститут прав людини, правозастосовна діяльність тощо. Правова культура суспільства містить усі досягнення правового життя суспільства, характеризує його ціннісне зростання, рівень розвитку, досконалість у загальному контексті соціального прогресу. Стосовно зазначеного вище правова культура особистості – це позитивна якість розвитку її правового життя, що забезпечує необхідний рівень знання права, розуміння його соціальної цінності, вміння користуватися своїми юридичними правами, усвідомлене виконання юридичних обов’язків. Слід розуміти, що правова культура особистості припускає досягнення необхідного і

достатнього рівня знання права, оскільки оволодіти правом у повному обсязі не в змозі навіть юрист-професіонал. Тому певний мінімум знання права – передумова правової культури. Одним із основних засобів вдосконалення культури у сфері права інтелектуальної діяльності є підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості та демократизації правотворчості й правозастосування.

Таке явище значною мірою є наслідком культурно-етичної спадщини минулого, коли в суспільстві переважала державна власність на результат творчості, а результати діяльності в науковій та культурній сферах вважалися надбанням усього народу. Це передусім свідчить про те, що деформація правових понять у значній частині громадян підтримується неவிбагливістю їх вимог до якості пропозиції, що є нормою для мало-забезпечених верств населення.

Непоодинокими є випадки, коли через низьку правову та економічну культуру суб'єкти науково-технічної та економічної діяльності добровільно відмовляються від використання існуючих механізмів захисту своїх прав та інтересів як власники інтелектуальних здобутків.

Однак ст. 13 Конституції України проголошує, що «Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання...». Відповідно до конституційного принципу забезпечення доступності судового захисту прав і свобод людини (ст. 55 Конституції України), кожен суб'єкт має право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, посадових і службових осіб. Норми Конституції України є нормами прямої дії, тому для захисту прав людини в сфері інтелектуальної (промислової) власності можна звертатися до суду навіть безпосередньо, спираючись тільки на норми Конституції України.

Виходячи з наведеного вище, сьогодні назріла необхідність формування базових знань з інтелектуальної власності як необхідної складової функціонування правової культури населення країни і зокрема педагогів, що зумовлено тісним зв'язком діяльності фахівців цієї галузі у науковому та навчальному процесі із застосуванням знань у сфері патентознавства, авторського та суміжних прав. Особливості структури і змісту знань з інтелектуальної власності, наприклад студентів вищих навчальних закладів, дає можливість розробити методичні засади формування базових знань з патентознавства, авторських та суміжних прав з метою підготовки їх до майбутньої професійної діяльності, забезпечивши поглибленими інтегрованими знаннями й навичками їх практичного застосування.

Методичні засади формування базових знань з інтелектуальної власності та правової культури повинні бути втіленими в програмі навчальної дисципліни «Основи інтелектуальної власності». Необхідним для студентів є оволодіння такими фаховими компетентностями, як знання основних понять системи правової охорони інтелектуальної власності, складових системи інтелектуальної власності в Україні, знання системи інтелектуальної власності в нормах загального законодавства України тощо. Педагоги повинні вміти визначати алгоритм правової охорони об'єктів патентного права, алгоритм правової охорони об'єктів авторського права тощо. Вони повинні вміти визначати права та обов'язки власників охоронних документів на об'єкти права інтелектуальної власності, вартість предмета ліцензійного договору про передачу прав на використання об'єктів права інтелектуальної власності, процедуру захисту прав інтелектуальної власності у разі їх порушення. Все це дасть змогу реалізувати технологію формування професійних знань з авторських і суміжних прав, патентознавства та, загалом, технологію формування професійних знань правової культури як студентів, так і в цілому населення країни.

Правова охорона за своєю суттю є системою спеціальних процедур, які спрямовані на дослідження відповідності торговельної марки законодавчо закріпленим критеріям та ознакам, яким вона має відповідати як охороноздатний об'єкт промислової власності. Також правову охорону торговельних марок слід розглядати в об'єктивному та суб'єктивному значеннях. Правова охорона в об'єктивному значенні – це сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини у процесі створення та використання торговельної марки. У суб'єктивному значенні правова охорона є комплексом належних особі майнових і немайнових прав.

Щодо співвідношення «охорона» і «захист» у часі, то слід зазначити таке. Поняття «охорона» і «захист» співвідносяться як ціле й частина. Отже, *захист прав інтелектуальної власності* – це система заходів, спрямованих на визнання, відновлення цих прав та припинення їх порушень, що застосовуються правомочним суб'єктом прав інтелектуальної власності та/або компетентним органом (включаючи застосування до порушників заходів відповідальності). Як свідчать аналіз законодавства та практика діяльності відповідних державних органів, реалізація правової можливості отримання правового захисту може виникнути або в процесі розгляду питання про надання охорони компетентним державним органом, або після отримання охоронного документа, коли є факт неправомірного використання торговельної марки. Таким чином, адміністративно-правовий захист пов'язаний з першою стадією державної патентної системи. Водночас захист права власності на торговельну марку як діяльність відповідних державних органів не слід розглядати тільки в такому юридично-правовому значенні, що він надається визнаним знакам за наявності юридичних фактів, які характеризуються як неправомірне посягання. Держава забезпечує правовий захист, реалізуючи правові можливості на отримання правової охорони, що підтверджено встановленням права конвенційного пріоритету.

Поняття захисту дискусійно трактується серед науковців-юристів. Водночас домінуючою є позиція, що передбачає характеристику останнього як системи заходів, спрямованих на забезпечення недоторканності права, його здійснення та ліквідацію правопорушень. При цьому у разі визначення права на захист основний акцент робиться на його державно-правовому характері, що спрямований на відновлення порушеного права, забезпечення виконання юридичного обов'язку.

Кодекс України про адміністративні правопорушення передбачає відповідальність за здійснення недобросовісної конкуренції, зокрема: за незаконне копіювання форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само імітацію, копіювання, пряме відтворення товару іншого підприємця, самовільне використання його імені – тягне за собою накладення штрафу від тридцяти до сорока чотирьох неоподатковуваних мінімумів

доходів громадян із конфіскацією виготовленої продукції, знарядь виробництва і сировини чи без такої. Відповідно до ст. 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» Антимонопольний комітет України, його територіальні відділення у справах про недобросовісну конкуренцію приймають обов'язкові для виконання рішення про: визнання факту недобросовісної конкуренції; припинення недобросовісної конкуренції; офіційне спростування поширених неправдивих, неточних або неповних відомостей; накладання штрафів; вилучення товарів із неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого господарюючого суб'єкта.

Санкції застосовуються у разі порушення адміністративних правовідносин чи правовідносин, що охороняються нормами адміністративного права. Вони застосовуються в адміністративному порядку органами, наділеними адміністративними юрисдикційними повноваженнями, і є адміністративним стягненням. Адміністративні санкції призначаються Антимонопольним комітетом України і спрямовані на захист відносин у сфері промислової власності. У законодавстві не встановлено порядок відшкодування збитків у разі, якщо провадження у справі буде закрито через те, що справа не підлягає розгляду, заявник відмовився від заяви і відмову прийнято органом чи посадовою особою, яка розглядає справу, не доведено вчинення порушення з питань недобросовісної конкуренції. За наявності таких умов діями посадових осіб можуть бути завдані значні збитки. Порядком їх відшкодування можливий лише в судовому порядку і тільки за рахунок державного бюджету.

Незважаючи на помітний прогрес, досягнутий останніми роками у сфері законодавчого забезпечення правової охорони інтелектуальної власності, її недосконалість усе ще є одним із чинників, який перешкоджає створенню в Україні ефективної системи захисту прав інтелектуальної власності.

Посилення правової культури в цілому як фундамент для захисту прав інтелектуальної власності в Україні пов'язано з необхідністю приведення законодавства України у відповідність до законодавства ЄС згідно з Загальнодержавною програмою адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженою Законом України від 18 березня 2004 р. Незважаючи на активізацію зусиль правоохоронних органів України із забезпечення захисту права власності на деякі об'єкти інтелектуальної власності, загальний рівень правопорушень у цій сфері залишається високим, що є підставою для звинувачення України в низьких стандартах забезпечення захисту прав інтелектуальної власності. Необхідно завершити формування законодавчої бази для забезпечення функціонування відносин у сфері інтелектуальної власності. Мають місце пропозиції щодо спрямування всіх спорів, пов'язаних з інтелектуальною власністю, до компетенції господарського суду. Підставою для таких переконань є факт високої кваліфікації суддів, які мають специфічні знання. Сьогодні ці справи, їх підготовка до розгляду, сам розгляд і винесення рішення є чи не найскладнішими з точки зору навіть техніки, тому потрібне розгалужене, велике за обсягом і структуроване законодавство, яке включає імplementовані норми міжнародних актів.

Враховуючи все вищевикладене, є необхідність подальшого посилення правової культури для захисту прав інтелектуальної власності, підвищення загального рівня підготовки кваліфікованих фахівців з цих питань. Це потребує великого обсягу спеціальних теоретичних знань та практичного досвіду вдосконалення законодавства, спрямованого на охорону права на об'єкти інтелектуальної власності, створення сприятливих умов для розвитку цивілізованого ринку цих об'єктів. Потрібне державне сприяння охороні інтелектуальної власності, що вимагає запровадження організаційно-правових заходів. Для їх здійснення необхідні координація роботи різних органів державної влади, недержавних установ та громадських організацій, визначення подальших шляхів розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні. Економічне відродження нашої країни, орієнтація на розвиток ринкових відносин, прагнення співпраці зі світовим співтовариством потребують чітко визначених перспектив розвитку та удосконалення суспільних відносин у цій важливій сфері. Підвищення культури суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності сприятиме оптимізації необхідних умов для творчої інтелектуальної діяльності інженерів, винахідників, науковців, для розвитку цивілізованого ринку результатів їх діяльності, комерціалізації широкого кола різних об'єктів інтелектуальної власності, ведення ефективного та чесного бізнесу тощо. Все це необхідно для розвитку національної економіки, підвищення рівня добробуту громадян, забезпечення національної безпеки нашої держави і підвищення загального рівня культури наших громадян, що значно поліпшить передумови для євроінтеграції в недалекому майбутньому.

У контексті підвищення правової культури у сфері інтелектуальної власності культурологічні підходи потрібно удосконалити і до підготовки майбутніх юристів. У системі вищої освіти передбачається, що тільки громадянин, який глибоко усвідомив державно-національні інтереси та національні цінності й загальнолюдські надбання, котрий уміє реалізувати свої знання, фахові навички та вміння в полікультурному просторі, має почуття патріотизму, національної свідомості, високі морально-професійні якості, зможе проводити практичну діяльність на належному рівні. Зрозуміло, що й у сфері охорони та захисту інтелектуальної власності.

Рівень культурологічно зорієнтованого розвитку особистості майбутнього юриста виводить на розуміння сутності внутрішнього імперативу професійного обов'язку, тобто пізнання сутності власного обов'язку в кожному явищі, що безпосередньо впливає на якість юридичної діяльності, на рівень правової культури суспільства. Лише високий рівень особистої, а отже, і професійної культури, є засобом, здатним запобігти використанню юристом своїх знань законів для свавілля, спрямованого супроти цих законів.

Переосмислення проблеми культурологічної освіти майбутніх юристів виводить на розуміння необхідності докорінного оновлення організації та здійснення професійної підготовки. По-перше, впровадження культурологічної підготовки майбутніх юристів як цілісної соціальної багаторівневої динамічної системи на всіх етапах професійної освіти виховує спеціаліста, який уміє реалізувати свої знання, фахові навички та вміння в полікультурному правовому просторі, має почуття патріотизму, національної свідомості, високі морально-професійні якості, про що свідчить анкетування, експертні оцінки викладачів та студентів юри-

дичного факультету. По-друге, опитування студентів-старшокурсників підтвердило необхідність здійснення фахової підготовки на основі глибоких засад світової і національної культури, що робить правознавця епіцентром впливу об'єктивності на рівень правової культури в країні, зміцнює позиції Української держави на міжнародній арені. У суспільстві поряд з верховенством права має бути також верховенство правової культури. Адже саме за наявності верховенства культурологічних засад формуються професійна свідомість юриста, духовні параметри його юридичних дій. По-третє, логічні умовиводи, заперечення, твердження інтуїтивного чи професійного характеру щодо ефективності культурологічної освіти майбутніх юристів як цілісної динамічної системи виводять на необхідність глибокого аналізу даної проблеми в теорії та методології вищої школи України, на виявлення тенденцій культурологічної освіти в історії та філософії вітчизняної й зарубіжної вищої правової школи, на розробку концепції культурологічної освіти студентів-правознавців (універсальну та індивідуальну), на вивчення індивідуальних особливостей майбутнього юриста, рівня його освіченості та інтелекту, професійної підготовки з метою створення спеціальної методики особистісно орієнтованого підходу в культурологічній освіті. Нині саме таких підходів до юридичної вищої освіти вимагає суспільно-політична ситуація в Україні.

Важливе і складне завдання освіти – формування у молододі людини гуманістичних орієнтирів і моральних критеріїв, з допомогою яких вона осягає світ людської культури, перетворюючи цей зовнішній світ на внутрішній світ особистості. Зокрема, у підготовці юриста чи не найважливішу роль відіграє саме культурологічне спрямування освіти – формування світоглядної позиції та осягнення культури, тобто синтезу культур. У зв'язку зі сказаним доцільно визначити ціннісний зміст самого права з погляду юридичної аксіології. Враховуючи те, що право є чинником соціального прогресу, стає очевидною інструментальна цінність права, що сприяє функціонуванню різних соціальних інститутів – держави, соціального управління, моралі тощо. Загалом, це все регулює суспільні відносини, забезпечуючи організованість і нормальну життєдіяльність суспільства, соціальний мир, злагоду.

Зокрема, найважливішим ціннісним критерієм права, правової культури, правового закону є мораль, адже будь-який юридичний акт як форма існування права є водночас і раціональним, оскільки зумовлює зовнішні суспільні межі свободи поведінки людини, ґрунтуючись на об'єктивній реальності та необхідності, і ірраціональним, оскільки звертається передусім до волі людини. Воля ж людини – це її справжнє «я», істинне ядро її сутності; саме тому вона становить основу її свідомості як дещо абсолютно надане та суще, далі якого вона йти не може. Адже вона є саме такою, якою вона бажає бути. Звідси випливає, що право є мірою свободи й справедливості, гарантом самодостатнього і захищеного від небезпеки життя. В українській правовій системі створено професійно-етичний кодекс адвокатів, який визначив певні вимоги до рівня професійної кваліфікації, честі, гідності, етичних принципів фахівця, адвоката, а саме: а) у стосунках з колегами – принципи поваги, доброї волі, коректності, доброзичливості, відповідальності за рівень власної професійності, готовність надати колесі професійну допомогу; б) у взаємовідносинах з клієнтом – принципи завоювання взаємної довіри, адвокатської таємниці, абсолютної чесності, професійної гідності, стриманості й коректності. Зауважимо, що професіограма адвоката, яка визначає соціально-психологічні особливості його діяльності, захисника всіх прав та інтересів підсудного, поєднує знання фахівця (уміння виявити мотиви злочину, побічні причини, особливості психіки підзахисного тощо) і морально-етичний зміст його особистості (принциповість, чесність, гуманізм, відчуття біди іншої людини, бажання допомогти їй тощо).

Розпорядженням Кабінету Міністрів України (КМУ) від 10 липня 2019 р. № 526-р було затверджено Стратегію розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року, в якій визначено основні напрями інноваційної діяльності, серед яких центральне місце займає підтримка стартапів. Найбільш повний стан інноваційної сфери України у середині поточного десятиріччя наведено в Національній доповіді «Інноваційна Україна 2020»¹³. Ця доповідь дає можливість зробити висновок, що найбільш важливим бар'єром для інноваційної діяльності українських підприємств є недолік фінансових ресурсів, висока вартість банківських кредитів для фінансування інноваційної діяльності, низький рівень правової культури в сфері інтелектуальної власності. Тому, мабуть, Україна залишається однією з небагатьох країн Європи, де фактично відсутні непрямі стимули підтримки інноваційної діяльності та ефективної охорони інтелектуальної власності. Конче необхідно запровадження відповідних стимулів, що відповідають європейській практиці, і створення необхідних інститутів, які б сприяли інноваційному розвитку, оптимізації правової охорони всіх інститутів права інтелектуальної власності. Забезпечення цього є одним із найважливіших завдань законодавчої влади.

Висновки. Підсумовуючи все сказане вище, доцільно шукати шляхи подолання суперечностей, що наявні нині в процесі підготовки юристів-фахівців, шукати на системних засадах створення і впровадження в практику вищої школи інтеграцію юридичної освіти і науки, культурологічну модель підготовки студентів вищої школи права до майбутньої професійної діяльності. Ця модель має бути спрямована на підготовку фахівців у галузі права, спроможних розрізнити право як силу, покликану захистити права і свободи громадян, що відповідає вимогам загальнолюдської моралі, рівності й справедливості в суспільстві; і право як суспільний феномен, що разом з іншими суспільними чинниками формує ідеали та межі цієї свободи.

¹ Проблеми правового регулювання прав інтелектуальної власності в Україні / В.М. Панькевич, С.В. Гайдей, В.М. Стратієнко. URL: <http://nauka.kushnir.mk.ua/?p=59475> 5

² Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1994. № 7. Ст. 32. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>

³ Про охорону прав на промислові зразки: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1994. № 7. Ст. 34. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>

⁴ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1994. № 7.

Ст. 36. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>

⁵ Про охорону прав на сорти рослин: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1993. № 21. Ст. 218. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3116-12>

⁶ Про охорону прав на зазначення походження товарів: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1999. № 32. Ст. 267. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/752-14>

⁷ Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1998. № 8. Ст. 28. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/621/97-%D0%B2%D1%80>

⁸ Про авторське право і суміжні права: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1994. № 13. Ст. 64. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>

⁹ Про захист економічної конкуренції: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 12. Ст. 64. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2210-14>

¹⁰ Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2000. № 24. Ст. 183. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1587-14>

¹¹ Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2002. № 17. Ст. 121. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2953-14>

¹² Див.: The Readiness for the Future of Production Report 2018. URL: https://www3.weforum.org/docs/FOP_Readiness_Report_2018.pdf

¹³ Інноваційна Україна 2020: національна доповідь / за заг. ред. В.М. Гейця та ін. / НАН України. Київ, 2015. 336 с.

Резюме

Бошицький Ю.Л. Поглиблення правової культури громадян як засіб оптимізації охорони інтелектуальної власності в Україні.

У статті представлено результат теоретичного моделювання оптимальної політики держави у сфері інтелектуальної власності. Зокрема, визначено такі її елементи, як: оптимізація знань у сфері правової охорони інтелектуальної власності, правової свідомості громадян, захищеність авторів об'єктів інтелектуальної власності від неправомірних посягань з боку недобросовісних виробників тощо.

Ключові слова: інтелектуальна власність, правова культура, правосвідомість, піратство, контрафактна продукція, оптимізація правової охорони інтелектуальної власності.

Резюме

Бошицький Ю.Л. Углубление правовой культуры граждан как средство оптимизации охраны интеллектуальной собственности в Украине.

В статье представлен результат теоретического моделирования оптимальной политики государства в сфере интеллектуальной собственности. В частности, определены такие ее элементы, как: оптимизация знаний в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности, правового сознания граждан, защищенность авторов объектов интеллектуальной собственности от неправомерных посягательств со стороны недобросовестных производителей и т.п.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, правовая культура, правосознание, пиратство, контрафактная продукция, оптимизация правовой охраны интеллектуальной собственности.

Summary

Yuriy Boshytskyi. Deepening citizens' legal culture as a means of the optimization of intellectual property protection in Ukraine.

The article covers the result of theoretical modeling of the optimal state policy in the field of intellectual property. In particular, its elements are defined as follows: optimization of knowledge in the field of legal protection of intellectual property, legal consciousness of citizens, protection of authors of objects of intellectual property from illegal encroachments by unscrupulous producers, etc. In a market economy, legal regulation of intellectual creativity is of greatest importance. In this field the most serious problem is the low level of legal culture of Ukrainian citizens and of education in the field of intellectual property. Due to this, there is inadequate professional training of judges, employees of the Ministry of Internal Affairs, of the Security Service of Ukraine, of customs and tax services, and other specialists, whose activities are related to intellectual property relations. Thus, the article analyzes the inconsistencies of intellectual property legislation, the imperfection of the regulatory framework for regulating general issues of intellectual property, and the distribution of rights to the results of creative activities, covered by budget funds. It is proposed to optimize legal regulation of invention, to improve public relations promoting positive influence of external factors on rates of acceleration and optimization of invention, on social orientation of invention, on realizing and coordinating interests of participants of an innovation cycle among themselves and with the interests of society, on combining management mechanisms of economics and invention, on achieving the unity of the socially desirable goal of the scientific and technical cycle, etc.

It is also stated that the effective development of the creation and use of objects of intellectual property and their effective and proper legal protection increasingly depends on the level of legal culture of citizens. It is substantiated that deepening legal culture of citizens and their legal awareness is an important factor in improving the protection of intellectual property in Ukraine as a whole.

The legal culture of society covers all the achievements of the legal life of society, characterizes its growth in respect of values, its level of development, its perfection in the general context of social progress. The legal culture of an individual is a positive quality of development of the legal life of the individual, which provides the necessary level of legal knowledge, understanding its social value, the ability to exercise one's legal rights and to perform consciously one's legal duties.

The article offers the reinterpretation of the problem of cultural education of future lawyers, of the need for radical renewal of the organization and the implementation of professional training. In any society, along with the rule of law, there must also be the rule of legal culture. Therefore, in the presence of the rule of cultural principles, the professional consciousness of a lawyer, the spiritual parameters of his legal actions could be formed.

Key words: intellectual property, legal culture, legal awareness, piracy, counterfeit products, optimization of legal protection of intellectual property.

A. T. SAFAROV

*Azer Tofiq Safarov, Ph.D. in Law, Lecturer of Baku State University**

ORCID: 0000-0002-6634-6368

THE SYSTEM OF LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN IN THE FIELD OF PROTECTION OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS

The copyright has a great cultural, humanitarian, economic significance. So, the portion of industry basing only on the copyright constitutes 7,3 % in the world economy¹. The protection of copyrights creates an opportunity for protection of cultural heritage, wide spread of cultural values in the society and emergence of new creative samples.

Legislative acts protecting and defending the rights of creative individuals have also emerged as a necessary condition for the preservation of national heritage, cultural traditions and identity. The creation of a strong and independent cultural industry depends on the existence of such laws. The constitutional legal recognition of intellectual property rights in the Republic of Azerbaijan was first established by the Constitution dated November 12, 1995. Article 30 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, which states the importance of these rights in the third chapter, "Everyone has the right to intellectual property." Copyright, the right to invention and other types of intellectual property are protected by law"². This provision of the Constitution provides creative independence, creates a legal base for protection of all works of science, literature and art being the result of creative activity not depending on arrangement, value, content, also form and method of expression, as well as creates full liberty and independence opportunity for creative persons in selection of subject, genre and form by protecting any creative result. The Constitution Republic of Azerbaijan guarantees the protection of intellectual property rights, and, as seen from these constitutional-legal norms, the legislation clearly defines the scope of rights and intellectual property protected by law. It should be noted that the Constitution of the Republic of Azerbaijan adopted when Azerbaijan was in the content of the Soviet Union did not stipulate intellectual property rights. For this reason, the definition of intellectual property issues in the current Constitution is considered to be a progressive norm. Determining the right of intellectual property rights in the Constitution directly indicates the constitutional legal value of the right of intellectual property, the importance of the state and the importance of people. It affects the various fields of life, including economic, cultural, scientific, and human life in the activities of the state and society. The constitutional legal protection of the right to intellectual property is the system of integrated measures defined by the Constitution being the supreme law of the state and the sectoral legislative acts adopted based on it, applied in order to ensure implementation of intellectual property rights, various forms of legal remedies (self-defense, judicial protection, international protection, etc.) and providing for legislative, organizational, technical and other methods.

The recognition of the freedom of intellectual activity and the right to intellectual property is one of the driving factors in the development of science, technology, culture, economics and other fields, as well as material and spiritual life, human personality and society. The constitutional norm of "the copyright, the right to invention and other forms of intellectual property rights are protected by law" protected" while declaring that all types of intellectual property rights are protected by law, obliges legislators to adopt special laws aimed at protecting human and citizen's rights and freedoms.

As a democratic, legal and worldwide state, the state of Azerbaijan was a member of the World Intellectual Property Organization in 1995, joined to all international convention and treaties in the direction of protection of copyrights and related rights and coordination of legislation with international standards, it was a member of many universal and regional character international organizations, also concluded bilateral contracts with region states. The state of Azerbaijan included international contracts, which are supported by it, in the legislative system, created the normative-legal base, formed institutional supervision mechanisms in the field of protection of copyrights and related rights and determined fulfillment of international liabilities as a duty³. We must note when we speak about legislative system in the field of protection of copyrights and related rights in the Republic of Azerbaijan that, in accordance with the Law of the Republic of Azerbaijan on "Copyrights and related rights" dated 1996, the legislation of Azerbaijan Republic on Copyrights and related rights consists of the Constitution of Azerbaijan Republic, Civil Code, this law, other appropriate normative legal acts and supported international contracts⁴.

Copyright is one of the most important aspects of intellectual property law. In the modern world, no boundary can prevent the spread of creative works. Therefore, the copyright became such a field that its center point is in each part of the world and has no circle. All these are of utmost importance in the development of international trading of cultural blessings and such mutual performance security must be provided⁵. In this regard, the international contracts in the field of copyrights and related rights bear an important significance in regard to protection of these rights. Azerbaijan Republic joined to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works dated 9 September 1886 (Paris Act dated 24 July 1971 amended on 28 September 1979) on 27 November 1998, the International

Convention signed in Roma city on the Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations on 10 May 2005, the Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms (Geneva on 29 October 1971) on 16 February 2001, the “WIPO Copyright Treaty” on 30 September 2005, the WIPO Performances and Phonograms Treaty on 30 September 2005, the Marrakesh Treaty to facilitate access to published works for persons who are blind, visually impaired or otherwise print disabled on 12 June 2018. Generally, the Republic of Azerbaijan has joined to 9 Treaties and Agreements of the World Intellectual Property Organization. According to the Article 1 of the Cooperation Programme dated 30 May 2006 concluded between the Azerbaijan Republic Government and World Intellectual Property Organization (WIPO), strengthening the role of intellectual property in relevant fields of scientific, technological, cultural and economic activities carried out by various business entities in the territory of the Republic of Azerbaijan was determined as one of the purposes of the cooperation programme⁶.

The state of Azerbaijan took part actively in international cooperation in the field of intellectual property and joined to many regional contracts in the field of copyrights and related rights. The Agreement on “Cooperation in the field of protection of copyright and related rights” (24 September 1993, Moscow city) concluded by presence of CIS countries as international contract concluded at regional level, where the state of Azerbaijan joined, the Agreement on “Cooperation of the Member States of the Commonwealth of Independent States in Combating Computer Crimes (01 June 2001, Minsk city) aims to cooperate and create legal grounds for it in order to provide efficiently the combating computer crimes, to reveal crimes and to conduct investigation.

Bilateral treaties also have important significance in the direction of protection of copyrights and related rights. As a result of just such treaties, copyrights and related rights are protecting reliably in close regions. So, there are national, cultural, religious and other common values in the most cases in the states located in adjacent or close regions, in this regard, there may be similar music, creative works, etc. and there are problems in determination of initial author. In this regard, the Government of Azerbaijan concluded treaties with many region states in the direction of protection of copyrights and related rights. Azerbaijan government included the international agreements that it is a party to its legislative system and defined implementing international obligations as a duty. Thus, Understandings on “Cooperation in the field of protection of the copyright and related rights” between the “Azerbaijan Republic Government and Uzbekistan Republic Government” dated 1997, “between Azerbaijan Republic Government and The Cabinet of Ukraine” dated 2002, “between Azerbaijan Republic Government and Turkish Republic Government” dated 2005, “between Azerbaijan Republic Government and Tajikistan Republic Government” dated 2012, “between Azerbaijan Republic Government and Turkmenistan Republic Government” dated 2017, “between Azerbaijan Republic Government and Kazakhstan Republic Government” dated 2017, Agreement between the Copyright Agency of the Republic of Azerbaijan and the Russian Copyright Society in the field of collective management of mutual property rights and mutual assistance dated 2001 and Memorandum of Understanding on Cooperation between the Government of the Republic of Azerbaijan and the World Intellectual Property Organization dated 2018 can be indicated as a sample to the bilateral agreements in the direction of widening international cooperation in the field of protection of copyright and related rights.

The protection of cultural heritage belonging to the people of Azerbaijan, fight against Armenian plagiarism, increase of the role of creative industry basing on the copyrights in modern economy and its impact to information society, improvement of legislation in this field is one of the priority directions of public policy in the Republic of Azerbaijan. One of the important duties in the direction of protection and development of copyrights and related rights in the Republic of Azerbaijan is coordination of national legislation to international standards, contracts and treaties, also European directives. In this regard, the process of improvement of legislation in the fields of copyrights and related rights is realized successfully.

By enacting Law on “Copyrights and Related Rights” in 1996 Azerbaijan was one of countries first created legislative base in this field in the former USSR. This law approved the principles of legal state building that declared by the government as a first Act in the field of copyright in the Azerbaijani history. This Act strengthens main directions of public policy in the field of copyright, regulates relations among the authors (holders of the right), works and users and provided the national legislative base of copyright. The following main directions of the Act were defined:

1. encouraging and stimulating creative performance regarding to creating scientific, literal and art works and increasing nation’s sentimental values;
2. Establishment of legislative base providing definition and protection of copyrights on the basis of advanced international experience;
3. Establishment of public administration in the field of copyright and related rights;
4. Protection of copyrights of the national right holders in the territory of other countries by developing international relations⁷.

The most important feature of this Act consists: it completely revoked postulates of the “Soviet copyright” that was established on the basis of unequal relations principle among the creators and users of the work and more properly can be called “right of using works”. In the legislation of the new copyright, firstly, the judgement of the old “the author is not a holder of his/her work, he/she is only its author” leaning on the dogmas “non-assignment of the author’s property rights” and “using freely published works with or without payment” was routed. In this Act another thesis of “Parties’ (author – user) will is not independent but limited” was refused. According to that provision the utmost strict regulation of the content of the author contracts with honorarium rates that confirmed publicly limited the copyrights of the work creators. The Act is based on the “continental” notion on the copyright as a “personal” right in comparison with the commercial directed anglo-saxon “copyright”⁸.

The other important factor is a protection of the spiritual rights of the creative persons and it is also considered the main issue of the continental view. Principles accepted in the Act are conforming to the copyright of the Euro-

pean countries. This is of great importance from the standpoint of the Azerbaijan law being in harmony and unity with the European law. The Act also confirms rights related with the copyright – rights of the singers, phonogram producers and programme organizers (radio and TV). This is a positive event providing the copyright legislation system including “supporters on creativity” all together. Furthermore, validity period of copyright for 70 years after the death of the author confirmed, proportional payment method was considered that is more suitable for the other right holders. By referring to legislation only minimum limit of the payment is regulated by law and noted that payment methods are defined by means of negotiations between the right holders and the users of their works. According to the Decision No 38 dated 2 May 1997 of the Cabinet of the Azerbaijan Republic and on the basis of the following government decisions minimum rate limits were defined on different types of works, sample forms of the copyright contracts were confirmed, methods of voluntary registration of works and issuance of certificates for their registration and other issues playing important role in the application of copyright legislation were regulated⁹.

On kind of intellectual property protected with copyrights is non-traditional intellectual property. Non-traditional intellectual property means integral scheme topologies, data collection and examples of folklore. These kinds of intellectual property are protected with special protection right. According to the AR Law on “Legal protection of integral scheme topologies” dated 31 May 2002 integral scheme means electronic data implementing fully or partially certain electronic scheme functions consisting of relations of elements and interelements prepared integrally under the base and (or) in the base volume while integral scheme topologies mean spatial-geometric location of elements and interelements relation that reflected in the base. The below mentioned spatial and geometric placement of integral scheme elements and the collection of inter-element relations is called as topology of integral scheme. The legal protection is concerned only the original topologies. Furthermore, issues of legal protection of topologies and rights for topology, assigning property right for topology to the other individuals or legal persons, protection term of the exceptional right for using topology, protection of right for topology, protection of rights for topology in the foreign countries are reflected in the Act. Exclusive rights to use the topology are valid for a period of 10 years¹⁰.

One of the main legislative, linking and regulative functions of the state is protection of folklore, folk art under the legal bases. Folklore as called “archeology of the human spirit” rightfully as a cultural heritage not only provides the cultural specificity of ethnos, but also acts as the national worth, cultural wealth of all of the world. It is impossible to provide the legal protection of folklore with copyrights and there is a need for special protection. Though folklore expressions are not the objects of the copyright, their protection can be provided within the “works belonging to the community (public) property”. Moreover, active works of WIPO and UNESCO in recent years gives base to consider that national legislations offered with regard to the special protection (“sui generis”) of international mean and folklore shall become the reality of the international and national legislations in recent times.

Azerbaijan Republic Law on “Legal protection of Azerbaijani folklore expressions” was accepted on 16 May 2003. This Law regulates relations regarding with the provision of protection, usage and defense of the national folklore expressions of the Azerbaijan’s cultural heritage as a special type of the intellectual property. This law on protection of folklore expressions being the sensitive themes of the cultural heritage is the first law on the Eastern Europe and CIS. As to Law Azerbaijani folklore expressions mean rhetoric samples that created verbally, folk music, games and dances, folk art and applied art samples (in material or non-material form) as well as other folk art samples reflecting Azerbaijan nation, their traditional–literal worths, world outlook, hopes and dreams, characteristic features of literal heritage¹¹.

Folklore expressions, main directions of the public policy in the field of protection of folklore expressions, rules of using folklore expressions, violations while using folklore expressions, protection of intellectual property right for folklore samples, legal protection of folklore samples in the foreign countries are defined in the Law. At present, Azerbaijan Mugham, Ashug art, carpet-making, Tar playing and other cultural heritage samples are included into the list of UNESCO and under the international protection¹². Moreover, projects are carrying out in the direction of protection, improvement and delivering to the future nations of folklore expressions, establishing legislative base providing legal protection of folklore expressions, creating opportunity for international cooperation with the purpose of legal protection of folklore expressions belonging to Azerbaijan nation in the foreign countries. It should be specially notes that not only the national monuments, but also monuments, national folklore expressions belonging to the other nations are protected and cared in Azerbaijan. For instance, Russian, Jewish Churches are also protected as cultural heritage samples in Azerbaijan. Needless to say that all the national-cultural wealth within the territory of Azerbaijan belong to it. This means that there is objective relation to the cultural heritage samples, folklore art here.

According to the Azerbaijan Republic Law on “Legal protection of Information collections” dated 14 September 2004 information collection means objective form of presentation of works, data and other materials that worked out in systematic or methodic way and that may be obtained electronically or by other means. As to Law, protection by the copyright refers to the objectively disclosed and non-disclosed information collection regardless of its assignment and worth. Issue, expiry and protection term of property rights for the legally protected information collection, official registration and illegal usage of information collection, defense of rights for information collection and responsibility issues for illegal usage of information collection are regulated by this law. The holder (holders) of exclusive right or producer for data collections, also date collection protected with special protection right may register it officially in the Copyright Agency during validity period of rights (excluding data collection keeping the information concerning the state secret in itself)¹³.

According to the subjects human rights and freedoms are classified in two groups being rights of the physical and legal persons: Rights of the physical persons are rights that everybody is entitled. Rights of legal persons are rights belonging to certain group of people and realized by their joint activity. Intellectual property Rights are rights for works, performances, phonograms, programmes of broadcasting organizations, integral scheme topologies, information collections, folklore expressions (traditional cultural expressions), inventions, useful models, industrial samp-

les, trademarks and geographic guidelines being the object of the copyright. AR Law on “Enforcement of intellectual property rights and fight against piracy” dated 22 May 2012 is accepted with the purpose of regulating relations arising with regard to provision of the protection of intellectual property, protection of interests of the owners of intellectual property rights and law breaches in this field, as well as preventing illegal production and spread of copies of the intellectual property objects and in general with the purpose of provision of intellectual property rights according to the requirements of constitutional legal norms on recognition and legal protection of intellectual property rights.

This Law is a special source on protection of intellectual property rights. According to Law the holder of intellectual property rights (right holder) – is a physical or legal person that intellectual property rights belong as well as is Azerbaijan Republic in relation with folklore expressions (traditional cultural expressions) (Article 1.0.2)¹⁴. As it seems from the abovementioned norm in Azerbaijan Republic the subject of intellectual property rights are physical or legal persons, while the special subject is Azerbaijan Republic. The first chapter of AR Law on “Provision of intellectual property rights and fight against piracy” dated 22 May 2012 consists of the general provisions and included intellectual property rights, holder of intellectual property rights, audiovisual work, computer program, information collection, pirate product, piracy, counterfeit product notions. In the second chapter civil-legal and administrative procedures and remedies that applied during breach of intellectual property rights (compensation, measures arising from the court decision, measures for satisfying the claim) are given.

Measures defined by the Law on “Enforcement of intellectual property rights and fight against piracy” are directed to the enforcement and protection of the holders of intellectual property rights and in case of breach of intellectual property rights are applied under certain legislation (Article 2.1). Moreover, urgent control function of state must be indicated with regard to provision of rights. It is mentioned in the Article 10 of the Law that measures on protection of intellectual property rights in the customs border, also measures with the purpose of preventing piracy or import (export) of counterfeit copies are applied under the regulations defined by the Customs Code of the Azerbaijan Republic. As provision of following the rights is one of the main part of intellectual property legislation (any, the worthiest intellectual property system is considered imperfect for the holders if intellectual property rights if it is not powerful to provide defense of its own rights) special requirements are forwarded to the public linking function in the field of rights satisfaction.

Special fight programmes against piracy, systematization of law breaches, joint activity of certain ministry and departments in the base of authority, monitoring of the market, broadcast and results of claims in the court instances play important role here. From this standpoint in the said Law using codes of unique digits (identification numbers), sticking control marks, responsibility issues for illegal use of copies of copyright and related rights (audiovisual work, phonogram, computer program, information collection, book) and control marks are defined with the purpose of legal protection of copyright and related rights within the frame of measure taken against production and disclose of copyright and related rights copies by means of piracy.

Various provisions about the copyright are given in some laws like AR Law on “Ownership activity”, “About Culture”, “Cinematography”, “Architectural activity”, “City planning”, “Advertisement”, “Publish work” and others.

We must note the Order of the President of the Republic of Azerbaijan about application of the Law No 580-IIIQD dated 1 April of the Republic of Azerbaijan on “Making of amendments and additions to the Law of the Azerbaijan Republic about “Copyrights and related rights” dated 07 May 2008, also legislative system of the Republic of Azerbaijan, Order about “Making of amendments to the “Regulations on Copyright Agency of the Republic of Azerbaijan” confirmed under Order No 287 dated 30 August 2005 of the President of the Republic of Azerbaijan dated 15 March 2013, Order about “Making of amendments to the “Regulations on Copyright Agency of the Republic of Azerbaijan” confirmed under Order No 287 dated 30 August 2005 of the President of the Republic of Azerbaijan dated 28 October 2013 and Order of the President of the Republic of Azerbaijan about provision of activity of Intellectual Property Agency of the Republic of Azerbaijan dated 30 July 2018 in the field of copyrights and related rights¹⁵.

Also, the following Decisions of the Cabinet of Ministers of the Republic of Azerbaijan constitute the normative legal base in the field of copyrights and related rights: the Decision on approval of the “Rules for the determination, distribution and payment of the minimum amount of royalties for the reproduction of audiovisual works and phonograms for personal purposes without income” dated 24 August 2007, the Decision on approval of the “Rules for registration (accreditation) of organizations managing the property rights of authors and owners of related rights on a collective basis” dated 22 September 2011, the Decision on approval of the “Rules for allowing natural and legal entities of foreign countries to use the samples of Azerbaijani Folklore for commercial purposes outside the Republic of Azerbaijan and approval of amount of fee for its use” dated 20 October 2011, the Decision on approval of the “Rules for use of means obtained from issue of control marks and international standard identification numbers and publication of report about use of those means” dated 18 January 2013 on approval of Decision about “Rules for customs control over the movement of goods containing intellectual property objects across the customs border” dated 28 December 2012, the Decision on approval of the “Rules for issue of international standard identification numbers” and “Amount of fee for issue of international standard identification numbers” dated 14 March 2013, the Decision on approval of the “Rules for form, accounting, use and issue of control mark” dated 9 June 2014, the Decision on approval of the “Rules for declaring works as state property” and the “List of authors whose works are declared state property and films which are declared state property” dated 7 May 2019¹⁶.

By considering modern development trends in the field of copyrights and related rights, the copyright legislation of Azerbaijan is constantly developing and improving. The creative industry basing on copyrights is developing rapidly. One of the problems in the legislation in the field of protection of copyrights is a problem of protection of copyrights on the internet. Internet became to virtual market of intellectual property. 50 percentage of information posted on the internet network is preserved with intellectual property rights¹⁷. Three of each four goods sold in the order of e-commerce are the objects of copyrights and related rights. Internet gives an opportunity to users to cross

natural borders of the states easily and Internet creates an opportunity for use of creative works of authors. In general, the growth rate of normative legal regulation related to the protection of copyright on the Internet lags behind the speed of the Internet. As a result, authors can't benefit from conclusions of their intellectual works and the creative stimulus falls. In this regard, the draft bills about protection of copyrights on the internet and protection of rights of broadcasting organizations are developing in the Republic of Azerbaijan. On the whole, the legislation of the Republic of Azerbaijan on intellectual property bears complex character as in all developed countries and covers the provisions of state, administrative, financial, labor and criminal law.

¹ Intellectual Property Agency of the Republic of Azerbaijan. copag.gov.az

² Constitution of the Republic of Azerbaijan. 1995. www.e-qanun.az/framework/897

³ Aliyev A.I. Human rights. Textbook. Baku, "Legal Literature" publishing house. 2013, 506 p. P. 172.

⁴ Law of the Republic of Azerbaijan "On Copyright and Related Rights". Baku, June 5, 1996. www.e-qanun.az

⁵ İmanov K. On the role of modern copyright. www.copag.copat.gov.az

⁶ The Cooperation Program between the Government of the Republic of Azerbaijan and the World Intellectual Property Organization. Baku, May 30, 2006. copag.gov.az/laws/az/735.pdf

⁷ Law of the Republic of Azerbaijan "On Copyright and Related Rights". Baku, June 5, 1996. www.e-qanun.az

⁸ İmanov K. On the copyright legislation of the Republic of Azerbaijan. www.copag.copat.gov.az

⁹ Law of the Republic of Azerbaijan "On Copyright and Related Rights". Baku, June 5, 1996. www.e-qanun.az

¹⁰ Law of the Republic of Azerbaijan on the Legal Protection of Integrated Scheme Topologies. Baku, 2002. www.e-qanun.az

¹¹ Law of the Republic of Azerbaijan on Legal Protection of Azerbaijani Folklore Samples. Baku, 2003. www.e-anun.az

¹² Azerbaijan Republic Permanent Representation to UNESCO. <https://unesco.mfa.gov.az/content/36>

¹³ Law of the Republic of Azerbaijan on Legal Protection of Information Collections. Baku, 2004. www.e-qanun.az

¹⁴ Law of the Republic of Azerbaijan on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Anti-Piracy. Baku, may 22.2012. www.e-qanun.az

¹⁵ Order of the President of the Republic of Azerbaijan about provision of activity of Intellectual Property Agency of the Republic of Azerbaijan. 30 July 2018. www.e-qanun.az Official website of the President of Azerbaijan. president.az

¹⁶ Legislation Decisions of the Cabinet of Ministers of the Republic of Azerbaijan. www.copag.copat.gov.az

¹⁷ Majidli. S.T. Internet law and ethics. Textbook. Baku. 2015. 222 p. P. 53.

Резюме

Сафаров А.Т. Система законодавства Азербайджанської Республіки в галузі захисту авторських і суміжних прав.

Законодавство, яке захищає права творчих людей, відіграє важливу роль в захисті національної спадщини, культурних традицій і самобутності країни. Створення сильної, незалежної культурної індустрії залежить від наявності таких законів. Визнання авторських прав в Азербайджанській Республіці на конституційно-правовому рівні вперше було закріплено в Конституції від 12 листопада 1995 р. Конституція прямо гарантує захист авторських прав і визначає обсяг прав та інтелектуальної власності, що охороняються законом. Однією з традиційних функцій кожної держави є широке міжнародне співробітництво, яке дозволяє гарантувати, що права національних авторів не захищені за кордоном, а права іноземних авторів дома на національному рівні. Відповідно до міжнародних норм визнається право кожної людини брати участь у культурному житті, отримувати вигоду і застосовувати досягнення наукового прогресу, захищати духовні й матеріальні інтереси, що впливають з його наукової, художньої та літературної діяльності. Відповідно до Закону Азербайджанської Республіки про авторське право і суміжні права 1996 року законодавство Азербайджанської Республіки про авторське право і суміжні права складається з Конституції Азербайджанської Республіки, Цивільного кодексу, цього Закону, інших відповідних нормативних правових актів і міжнародних договорів. Азербайджанська Республіка, яка стала членом ВОІВ у 1995 р., вдосконалила систему захисту авторських прав, створила нормативну базу, приєдналася практично до всіх міжнародних конвенцій та угод щодо захисту інтелектуальної власності та гармонізації законодавства до міжнародних стандартів, а також із країнами регіону. укладено двосторонні угоди, сформовані інституційні механізми контролю у сфері захисту прав інтелектуальної власності. Основною метою тут є ефективний захист прав авторів літературних і художніх творів рівним і однаковим чином на міжнародному рівні.

Ключові слова: авторське право, міжнародне авторське право, цифрове авторське право, суміжні права, автор, інтелектуальна власність, права інтелектуальної власності, права людини, законодавство, Інтернет, творча свобода, комп'ютерна інформація, топографії інтегральних мікросхем, захист прав на топологію, система законодавства.

Резюме

Сафаров А.Т. Система законодательства Азербайджанской Республики в области защиты авторских и смежных прав.

Законодательство, защищающее права творческих людей, играет важную роль в защите национального наследия, культурных традиций и самобытности страны. Создание сильной, независимой культурной индустрии зависит от наличия таких законов. Признание авторских прав в Азербайджанской Республике на конституционно-правовом уровне впервые было закреплено в Конституции от 12 ноября 1995 года. Конституция напрямую гарантирует защиту авторских прав и определяет объем прав и интеллектуальной собственности, охраняемых законом. Одной из традиционных функций каждого государства является широкое международное сотрудничество, которое позволяет гарантировать, что права национальных авторов не защищены за границей, а права иностранных авторов дома на национальном уровне. В соответствии с международными нормами признается право каждого человека участвовать в культурной жизни, извлекать выгоду и применять достижения научно-прогресса, защищать духовные и материальные интересы, вытекающие из его научной, художественной и литературной деятельности. В соответствии с Законом Азербайджанской Республики об авторском праве и смежных правах 1996 года законодательство Азербайджанской Республики об авторском праве и смежных правах состоит из Конституции Азербайджанской Республики, Гражданского кодекса, настоящего Закона, других соответствующих нормативных правовых актов и международных договоров. Азербайджанская Республика, которая стала членом ВОИС в 1995 году, усовершенствовала систему защиты авторских прав, создала нормативную базу, присоединилась практически ко всем международным конвенциям и соглашениям по защите интеллектуальной собственности и гармонизации законодательства с международными стандартами, а также со

странами региона. заключены двусторонние соглашения, сформированы институциональные механизмы контроля в сфере защиты прав интеллектуальной собственности. Основной целью здесь является эффективная защита прав авторов литературных и художественных произведений равным и единообразным образом на международном уровне.

Ключевые слова: авторское право, международное авторское право, цифровое авторское право, смежные права, автор, интеллектуальная собственность, права интеллектуальной собственности, права человека, законодательство, Интернет, творческая свобода, компьютерная информация, топологии интегральных микросхем, защита прав на топологию, система законодательства.

Summary

Azer Tofiq Safarov. The system of legislation of the Republic of Azerbaijan in the field of protection of copyright and related rights.

Legislation protecting the rights of creative people plays an important role in protecting national heritage, cultural traditions and the identity of the country. The creation of a strong, independent cultural industry depends on the existence of such laws. Constitutional and legal aspects of copyright in the Republic of Azerbaijan Recognition was first enshrined in the Constitution of 12 November 1995. The Constitution directly guarantees the protection of copyright and specifies the scope of rights and intellectual property protected by law. One of the traditional functions of each state is extensive international cooperation, which creates conditions for ensuring that the rights of national authors are not protected abroad and the rights of foreign authors at home at the national level. According to international norms, the right of every person to participate in cultural life, to benefit from and apply the achievements of scientific progress, and to protect the spiritual and material interests resulting from his scientific, artistic and literary work is recognized. According to the Law of the Republic of Azerbaijan on Copyright and Related Rights of 1996, the legislation of the Republic of Azerbaijan on Copyright and Related Rights consists of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, the Civil Code, this law, other relevant normative legal acts and international treaties. The Republic of Azerbaijan, which became a member of WIPO in 1995, has improved the system of copyright protection, created a regulatory framework, acceded to almost all international conventions and agreements on the protection of intellectual property and harmonization of legislation with international standards, as well as with countries in the region. bilateral agreements have been concluded, and institutional control mechanisms have been established in the field of protection of intellectual property rights. The main goal here is to effectively protect the rights of authors of literary and artistic works in an equal and uniform manner at the international level.

Key words: copyright law, international copyright law, digital copyright, related rights, author, intellectual property, intellectual property right, human rights, legislation, The Internet, creative freedom, computer information, Integrated circuit topologies, protection of rights to topology, system of legislation.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.59

УДК 347.77

Ю.Ю. ВІШАР

*Юлія Юріївна Вішар, аспірантка Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-7887-5072

ПРАВОВА ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ ПРИ ВІТЧИЗНЯНОМУ ЗАКОНОДАВЧОМУ ДЕФОЛТІ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЛІКАРСЬКІ ЗАСОБИ

Постановка проблеми. Кризь призму реалій пандемічного сьогодення аргументовано вбачається пріоритетність питання безпеки, ефективності і якості лікарських засобів та надзвичайна важливість їх доступності як окремо для кожної людини, так і в цілому для системи охорони здоров'я України. Динамічність інтелектуальної власності – сфери з юридичною оболонкою та нестимульованою ззовні економічною сутністю, рухома інноваційним потенціалом, безперечно, потребує належного законодавчого врегулювання.

Вочевидь, імплементація міжнародних нормативно-правових актів щодо інтелектуальної власності на лікарські засоби у вітчизняне законодавство, що відбувалася протягом майже 30 років, виявилася більш трансферентною, ніж трансформаційною. Зрозуміло, що для адаптації законодавчих норм Європейського Союзу, носіїв колосального практичного досвіду у неординарній галузі права – інтелектуальній власності на лікарські засоби, до законодавства України, – необхідна ідентифікована стала правова платформа.

Відтак, окрім імplementованих у національне законодавство міжнародних норм системи права Європейського Співтовариства, існуюча система правового контролю й захисту інтелектуального продукту у фармацевтиці в Україні складається із Конституції України (документ № 254к/96-ВР від 28 червня 1996 р.)¹, кодексів (зокрема, Цивільного кодексу України (документ № 435-IV від 16 січня 2003 р.))², законів (зокрема, Закону України (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.) «Про лікарські засоби»³, Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (№ 2801-ХІІ від 19 листопада 1992 р.))⁴, підзаконних нормативних актів, прийнятих центральними органами виконавчої державної влади (зокрема, Міністерством охорони здоров'я України), вказує на узагальненість нормативно-правової форми і відсутність цілкомітої законодавчої ясності, що призводить до спірних питань при впровадженні та використанні об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби.

© Ю.Ю. Вішар, 2020

* *Iuliia Vishar, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

Саме тому слід ретельно дослідити невідкладність правової диференціації (процес відособлення галузі інтелектуальної власності на лікарські засоби від первісно однорідного медичного законодавства із подібним цілісності нормативно-правової структури цивільного законодавства на складові частини елементів права інтелектуальної власності. – прим. авт.) у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби, що виникла і назріла на певному етапі істотних реформаторських перетворень в українській медицині, для припинення підмінного нашарування низки законів про внесення змін та доповнень до базового Закону із відсутніми фундаментальними визначеннями та позначеннями предмета правової охорони й захисту.

Так, вдало проявлене, дзеркально відображаючись у новелах вітчизняного законодавства, поступове наближення національної нормативно-правової бази у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби до системи права Європейського Співтовариства знівельоване юридичною поверховістю та некомпетентністю у інтелектуальній національній законотворчості у фармацевтичній галузі. У результаті відповідної щодо персонального складу діяльності, на тлі отриманих вражаючих державних досягнень, сформувалася, при незмінності правових цінностей, модель правового накопичення, що спричинило законодавчий дефолт (нездатність правового регулювання і, як наслідок – невиконання обов'язків у економіко-правових відносинах учасниками фармацевтичного ринку. – прим. автора), наявність патентного тролінгу, контрафактної фармацевтичної продукції, корупційних схем у медицині, недобросовісної конкуренції, фальсифікації ліків тощо.

На думку автора, вищезазначена проблематика полягає у відсутності як чітких визначень і позначень об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, так і класифікації винаходів у фармацевтиці, що надає можливість використовувати законодавчі прогалини на користь шахраїв та руйнувати економіко-правові відносини учасників фармацевтичного ринку, внаслідок чого охоронна іміджева цілісність патентів зазнає непоправних збитків.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Практично підтверджено, що класичні цивілістичні дослідження аспектів цивільно-правової охорони інтелектуальної власності, в тому числі такими вченими, як О.В. Басай, О.М. Мельник, П.Ф. Немеш, О.О. Підпригора, Г.О. Ульянова, Р.Б. Шишка, зумовлені тим, що вирішення питань щодо впровадження сучасних правових і організаційних механізмів захисту прав інтелектуальної власності необхідне при реалізації стратегічних пріоритетів України. Зазначимо також, що питанням забезпечення належної охорони прав інтелектуальної власності приділяється недостатньо уваги.

Наразі очевидно, що структурований підхід до викладення потреб правотворення у сфері оптимізації інтелектуального розвитку в Україні, викликаних необхідністю адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу, у працях відомих вчених Ю.Л. Бошицького, Ю.С. Шемшученка є своєчасним, що сприяє утворенню вітчизняної академії права інтелектуальної власності із представленням ролі та значення інтелектуальної власності у соціально-економічному розвитку України і вирішенню проблеми щодо підготовки спеціалістів з питань інтелектуальної власності⁵.

Вбачається доцільним, що на підґрунті глобальної інтелектуалізації доречно результати досліджень загальнотеоретичного плану, де вчені докладали зусилля для виявлення особливостей окремих інститутів, категорій, елементів інтелектуальної власності та вирішення питання про місце і статус права інтелектуальної власності у системі українського права на підставі його виділення зі складу цивільного права у самостійну галузь, на глибоке переконання автора, завершити розробкою відповідного Кодексу із подальшим його солідаризованим впровадженням і адаптацією до діючих національних нормативно-правових актів щодо удосконалення вітчизняної системи права у даній сфері.

Принаймні, перелік проблем у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби, детально проаналізованих у науково-практичних дослідженнях інтелектуальної власності у фармацевтиці, на протиположності досягненням медичної реформи в Україні, зокрема, у роботах таких вітчизняних вчених, як Г.О. Андрощука, Н.О. Артамонової, Н.М. Жданової, І.А. Кириченка, спрямованих на представлення особливостей біологічно активних сполук (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 дослідників 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 В.М. Тіманюк, І.В. Тіманюк, З.М. Мнушко, вказує на розрізненість за напрямками, фрагментарність за змістом, відсутність єдності розглянутих питань, комплексності вирішення проблем досліджуваної теми інтелектуальної власності на лікарські засоби як такої⁶.

Водночас ускладненість недосконалою репрезентацією дослідниками сукупності причинно-наслідкових відношень, конкретних умов, обставин, у яких здійснюються, відбуваються будь-які явища, процеси, події, факти, пов'язані з об'єктами інтелектуальної власності на лікарські засоби, із придбанням, реалізацією та захистом прав на результати інтелектуальної діяльності, звичайно, за винятком окремих наукових робіт, свідчить про те, що процес осмислення феномена інтелектуальної власності, зокрема, на лікарські засоби, в українській правовій науці триває й досі.

Формулювання мети статті. Метою статті є обґрунтування проявів законодавчого дефолту у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби із правовим нашаруванням додаткових законів про внесення змін до базового Закону, на прикладі Закону України «Про лікарські засоби» від 4 квітня 1996 р.,⁷ із врахуванням імплементації міжнародних нормативно-правових актів, у тому числі, Директиви 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 листопада 2001 р. «Про кодекс спільноти відносно лікарських препаратів, призначених для застосування людьми»⁸. Також варто приділити увагу сформованості чіткої категорій-

но-понятійного апарату дослідження забезпечення охорони та захисту інтелектуальної власності на лікарські засоби. До того ж, на думку автора, обов'язковим є висвітлення у законотворчій проблематиці інтелектуальної власності на лікарські засоби необхідності правової диференціації – фактично, підвалини для адекватного патентування, наявність якої сприятиме забезпеченню безпеки, якості й ефективності лікарських засобів.

Виклад основного матеріалу. Загальновідомо, що у час кардинальних міжнародних перетворень українське законодавство у сфері охорони прав інтелектуальної власності на лікарські засоби зазнає поступових реформаторських змін на підставі раціональних ініціатив та в цілому приведено у відповідність до законодавства ЄС у більшості аспектів. Дана закономірна тенденція глобалізації процесів, охоплюючи різні сфери правового регулювання, суттєво впливає на формування правової системи країни, що відображається на результатах юридичної практики.

Втім, встановлено, що у сфері охорони та захисту прав інтелектуальної власності на лікарські засоби відбувається законодавча апроксимація, де процес зближення правових систем проходить спонтанно, зумовлюючи стандартизацію умов життя, як однакового правового регулювання, що спонукає до створення правового нашарування законів про внесення змін до базового Закону. Так, до Закону України «Про лікарські засоби» від 4 квітня 1996 р.⁹ за весь період до сьогодення внесено 33 рази зміни, до того ж, за перші 10 років – усього три, що, принаймні, вказує на позитивну динаміку вивчення питань українськими законодавцями в останні 14 років. Однак відсутність взаємодії між нормативно-правовими актами різних, але тісно взаємопов'язаних між собою за сутністю, галузей права, яка вимагає взаємодоповнення та взаємозаміщення, породжує, на думку автора, законодавчий дефолт.

Як правило, законодавство України у сфері інтелектуальної власності, шаблонно поділяють на загальне законодавство (11 нормативно-правових актів), спеціальне законодавство (8 нормативно-правових актів) та міжнародні договори (18 нормативно-правових актів), де адміністративні функції виконує Всесвітня організація інтелектуальної власності (ВОІВ). Тому пропонується звернути увагу насамперед на спеціалізоване законодавство, де формується категорійно-понятійний апарат даної правової сфери. Так, у даному дослідженні, на думку автора, наприклад, основними слід вважати Конституцію України (№ 254к/96-ВР від 28 червня 1996 р.)¹⁰, Закон України «Про лікарські засоби» (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.)¹¹, Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (№ 2801-ХІІ від 19 листопада 1992 р.)¹² та, відповідно, Книгу четверту «Право інтелектуальної власності» Цивільного кодексу України (№ 435-ІV від 16 січня 2003 р.)¹³, яка охоплює 12 глав із 91 статтею.

До речі, до Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (№ 2801-ХІІ від 19 листопада 1992 р.)¹⁴ за весь період внесено змін 60 разів, при цьому не тільки змінені визначення об'єктів та суб'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби і позначення процесів трансформації медичної галузі, а й організаційно-правові форми виконавчих органів, установ, закладів даної сфери, що для права інтелектуальної власності, як виняткового, обмеженого часом, закріпленого законом права на результат інтелектуальної діяльності та засоби індивідуалізації має надзвичайне значення. Тим більш, що вищезазначені зміни безпосередньо стосуються забезпечення охорони й захисту прав інтелектуальної власності на лікарські засоби – життя та здоров'я населення України.

Виходячи з цього, всі зміни, внесені у Закон України «Про лікарські засоби» (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.)¹⁵ та Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (№ 2801-ХІІ від 19 листопада 1992 р.)¹⁶, обов'язково повинні належним чином відобразитися, принаймні, у Книзі четвертій «Права інтелектуальної власності» Цивільного кодексу України (№ 435-ІV від 16 січня 2003 р.)¹⁷, у Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (№ 3687-ХІІ від 23 грудня 1993 р.)¹⁸, у Законі України «Про охорону прав на промислові зразки» (№ 3688-ХІІ від 23 грудня 1993 р.)¹⁹, у Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (№ 3689-ХІІ від 23 грудня 1993 р.)²⁰, у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» (№ 236/96-ВР від 7 червня 1996 р.)²¹. Також, як наслідок, потрібне відповідне внесення змін і до Митного кодексу України (№ 4495-VI від 13 березня 2012 р.)²², і до Податкового кодексу України (№ 2755-VI від 1 січня 2011 р.)²³, оскільки при формуванні в Україні цивілізованого фармацевтичного ринку потрібно враховувати створення умов комерціалізації, економічного стимулювання винахідників, патентоволоділців, користувачів об'єктів патентного права, як запроваджених механізмів державної підтримки.

Вважається також обділене увагою та недоопрацьоване питання правової диференціації, яка пропонується від розподілу нормативно-правових актів за змістом до виокремлення сфери інтелектуальної власності на лікарські засоби у самостійні правові структури: від медичної галузі (де, щонайменше, лікарські засоби та медичні вироби повинні бути виділені у окремому розділі) та цивільного права у окрему галузь інтелектуального права для надання інструментів підтримки значимості даної сфери та упорядкування національної законотворчості. Безумовно, на даному етапі необхідний консеквентний розгляд змін, внесених до Закону України «Про лікарські засоби» (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.)²⁴, де варто зазначити, на думку автора, три типи нормативно-правових актів: визначальний (призначення визначень, позначень, понять), процедурний (коригування будь-яких процедур: оформлення, реєстрація, доступ, дозвіл), соціально-політичний (виникнення у зв'язку із обставинами, подіями) у даній галузі, де самі назви наголошують про актуалізацію проблематики, яка вирішується у рамках спеціалізованого законодавства, і три види нормативно-правових актів: узагальнений, цільовий та адресний (спрямований до конкретного закону).

Прикладом *узагальненого, визначального* нормативно-правового акта, є, на погляд автора, Закон України «Про внесення до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства енергетики та вугільної промисловості України, інших центральних органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується та координується через відповідних міністрів, Державного комітету телебачення і радіомовлення України» (№ 5460-VI від

16 жовтня 2012 р.)²⁵; *цільового, соціально-політичного* – Закон України «Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях»» (№ 2462-VIII від 19 червня 2018 р.)²⁶; *цільового, процедурного* – такі, як Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо клінічних випробувань лікарських засобів» (№ 3323-VI від 12 травня 2011 р.)²⁷, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання фальсифікації лікарських засобів» (№ 3718-VI від 8 вересня 2011 р.)²⁸, Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення своєчасного доступу пацієнтів до необхідних лікарських засобів та медичних виробів шляхом здійснення державних закупівель із залученням спеціалізованих організацій, які здійснюють закупівлі» (№ 269-VIII від 19 березня 2015 р.)²⁹; та *адресного, процедурного* – Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про лікарські засоби» щодо удосконалення порядку забезпечення населення лікарськими засобами, призначеними для лікування соціально небезпечних і тяжких хвороб» (№ 1637-VII від 12 серпня 2014 р.)³⁰, Закон України «Про внесення змін до статті 9 Закону України «Про лікарські засоби» щодо спрощення державної реєстрації лікарських засобів» (№ 1396-VIII від 31 травня 2016 р.)³¹, Закон України «Про внесення зміни до статті 9 Закону України «Про лікарські засоби» щодо доступу до результатів доклінічного вивчення та клінічних випробувань лікарських засобів» (№ 2519-VIII від 4 вересня 2018 р.)³², Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо ліквідації штучних бюрократичних бар'єрів та корупціогенних чинників у сфері охорони здоров'я» (№ 644-IX від 2 червня 2020 р.)³³, Закон України «Про внесення зміни до розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)» щодо продовження строку дії у зв'язку із загрозою зростання захворюваності населення на коронавірусну хворобу (COVID-19)» (№ 737-IX від 19 червня 2020 р.)³⁴. Варто зазначити, що перелічені вище зміни внесені до одного нормативно-правового акта – Закону України «Про лікарські засоби» (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.)³⁵ та є різними за змістовністю, цілеспрямованістю й визначеністю, що підкреслює спонтанне нашірвання із неочікуваними юридичними практичними наслідками.

Зважаючи на те, що імплементація законодавства впроваджується і з боку сфери інтелектуальної власності, пропонується розглянути зміни до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (№ 3687-XII від 23 грудня 1993 р.)³⁶, які були внесені протягом усього періоду чинності даного закону – тільки вісім разів, а саме: Закон України «Про внесення змін до деяких законів України з питань інтелектуальної власності» (№ 2188-III від 21 грудня 2000 р.)³⁷, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»» (№ 2921-III від 10 січня 2002 р.)³⁸, Закон України «Про внесення змін до деяких законів України з питань інтелектуальної власності» (№ 34-IV від 4 липня 2002 р.)³⁹, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (№ 762-IV від 15 травня 2003 р.)⁴⁰, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності» (№ 850-IV від 22 травня 2003 р.)⁴¹, Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення справності і модернізації озброєння та військової техніки Збройних Сил України» (№ 1256-VI від 14 квітня 2009 р.)⁴², Закон України «Про внесення до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства енергетики та вугільної промисловості України, інших центральних органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується та координується через відповідних міністрів, Державного комітету телебачення і радіомовлення України» (№ 5460-VI від 16 жовтня 2012 р.)⁴³, Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо ліквідації штучних бюрократичних бар'єрів та корупціогенних чинників у сфері охорони здоров'я» (№ 644-IX від 2 червня 2020 р.)⁴⁴.

Зважаючи на хронологію змін, внесених до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (№ 3687-XII від 23.12.1993 р.)⁴⁵, чітко вбачається, що очевидні статичні негативні тенденції вітчизняної законотворчості віддзеркалюються фактами в економіці держави, які, з одного боку, підтверджуються даними Державної служби статистики України, що вже у 2016 р. використовувалося лише близько 4 тис. об'єктів патентного права, у тому числі 1,8 тис. винаходів (близько 7 % від загальної кількості чинних патентів), 2,4 тис. корисних моделей (6 %), 393 промислові зразки (4 %), тобто більшість захищених охоронними документами об'єктів патентного права у виробництві не використовувалися і припиняли свій життєвий шлях відразу ж після розробки й отримання правової охорони. Як наслідок, зріс несанкціонований витік винаходів з України, відбулася патентна міграція, де рівень патентів-втікачів становив 10–12 % щорічного обсягу патентування, та найбільш активні сектори міграції – медичні препарати⁴⁶. З іншого боку, у 2018 р. самоліквідувалася одна із десятки найбільших українських виробників лікарських препаратів, одна із компаній, що входила у групу Biopharma, яка випускає 20 імунобіологічних препаратів з донорської крові, препарати, отримані за технологією рекомбінантних ДНК і пробіотики. При цьому чистий дохід компанії від реалізації продукції за 2016 р. був на рівні 109,7 млн грн, а у 2017 р. становив 7 тис. грн. У 2015 р. компанія інвестувала 3,5 млн доларів США у реконструкцію Сумського обласного центру крові, який забезпечує 98,2 % донорської крові та її компонентів в області⁴⁷. Залучення американських інвестицій у сумі 75 млн доларів США допомогло компанії Biopharma побудувати у м. Біла Церква Київської області запланований у 2018 р. завод – фракціонатор плазми для переробки щорічно 120 тонн⁴⁸. Тобто і втрата винахідників, і неспроможність самостійно розвивати фармацевтичний бізнес в Україні та покладання тільки на закордонне інвестування є показником не тільки економічних втрат та висвітленням соціально-політичних проблем, а й насаперед юридичних помилок, недоопрацювання, що є результатом формалізованого підходу законодавців до створення нормативно-правової бази, яка є основою основ державності.

Висновки. У даній статті автором порушено актуальні проблеми щодо формування національної правової системи у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби, що спричинили законодавчий дефолт, який, на думку автора, визначається у відсутності взаємодії взаємопов'язаних за змістовністю законів, що, в ідеалі, повинні бути взаємозамінними. Вивчено негативні тенденції сучасного законодавства, які мають прояв у розмежуванні однорідних за напрямом, односторонніх законів із внесенням формальних змін, що не відображають вирішення проблематики у нормативно-правових актах спеціального законодавства у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби. Запропоновано автором до переліку нормативно-правових актів внести розділ спеціалізованого законодавства, в даному дослідженні – закони, що стосуються лікарських засобів.

Також проаналізовано на прикладі законів спеціального та спеціалізованого законодавства як додаткового фільтру гнучкості системи правового регулювання інтелектуальної власності у фармацевтичній галузі у частині досліджуваних аспектів. Доведено, що доречно звернути увагу на кількість внесених змін, хронологічний показник їх внесення та зміст даних змін, що вказують на невиправдану статичність, яка призведе до колапсу у законодавстві, заблокує механізми правового регулювання у фармацевтичній галузі, що в умовах реалії стрімкої глобальної інтелектуалізації спровокує невідповідність українського законодавства правовій системі ЄС та стане підставою для законодавчих прогалин, що утворюють можливості для таких правопорушень, як контрафактна фармацевтична продукція, фальсифікація ліків, патентний тролінг, корупційна схема у медичних установах і закладах тощо⁴⁹.

До того ж, автором було запропоновано розподілення нормативно-правових актів із змінами за типами та видами, що дало змогу підтвердити неупереджене припущення щодо формалізації законотворчого процесу та очевидної спонтанності і стихійності у створенні нормативно-правових актів за змістом і цілями, у вигляді законів із змінами, що призвели до законодавчого нагромадження, правового нашарування, де закони організаційного характеру, а не координаційного. Слід також підкреслити, що вважається необхідною і правова диференціація, тобто виокремлення та конкретизація нормативної бази як щодо лікарських засобів, медичних виробів у медичній галузі, так і інтелектуальної власності у цивільстиці, із поширенням законодавчого впливу елементів правової системи на об'єкти інтелектуальної власності.

Таким чином, зважаючи на те, що закон, будучи найбільш стабільним нормативно-правовим актом, регулює найбільш важливі, значимі, основні суспільні відносини, які становлять предмет компетенції парламенту країни, враховуючи наявність зазначених вище проблем, глибину яких не можна свідомо ігнорувати, вважається, що гармонізація національного законодавства із законодавством Європейського Співтовариства, – процес, який впливає на правову ідеологію та юридичну практику, можливий за умов повного перезавантаження вітчизняної правової системи.

¹ Конституція України № 254к/96-ВР від 28.06.1996 р. *Відомості ВРУ(ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141 (редакція від 30.09.2016 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>

² Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 р. *Відомості ВРУ(ВВР)*. 2003. № № 40–44. Ст. 356 (редакція від 02.08.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

³ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. *Відомості ВРУ (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 04.11.2018 р. (2519-VIII)). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

⁴ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України № 2801-XII від 19.11.1992 р. *Відомості ВРУ(ВВР)*. 1993. № 4. Ст. 19 (редакція від 10.06.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

⁵ 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&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Chkup_2013_1_52

⁶ 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://ir.nusta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/4057/1/2880_IR.pdf

⁷ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. *Відомості ВРУ (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 04.11.2018 р. (2519-VIII)). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

⁸ Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для вживання людей: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р (*ОБ L 311, 28.11.2001 р., С. 67*). 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

⁹ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. *Відомості ВРУ (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 04.11.2018 р.) (2519-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

¹⁰ Конституція України № 254к/96-ВР від 28.06.1996 р. *Відомості ВРУ(ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141 (редакція від 30.09.2016 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>

¹¹ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. *Відомості ВРУ (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 04.11.2018 р.) (2519-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

¹² Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України № 2801-XII від 19.11.1992 р. *Відомості ВРУ(ВВР)*. 1993. № 4. Ст. 19 (редакція від 10.06.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

¹³ Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 р. *Відомості ВРУ(ВВР)*. 2003. № № 40–44. Ст. 356 (редакція від 02.08.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁴ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України № 2801-XII від 19.11.1992 р. *Відомості ВРУ(ВВР)*. 1993. № 4. Ст. 19 (редакція від 10.06.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

¹⁵ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. *Відомості ВРУ (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 04.11.2018 р.) (2519-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

¹⁶ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України № 2801-XII від 19.11.1992 р. *Відомості ВРУ(ВВР)*. 1993. № 4. Ст. 19 (редакція від 10.06.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

- ¹⁷ Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 р. *Відомості БПУ (ББП)*. 2003. № № 40–44. Ст. 356 (редакція від 02.08.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
- ¹⁸ Про охорону прав на винаходи (корисні моделі): Закон України від 15.12.1993 р. за № 3687-XII (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/3687-12>
- ¹⁹ Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 23.12.1993 р. за № 3688-XII (поточна редакція 16.08.2020 р., підстава 815-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>
- ²⁰ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 23.12.1993 р. за № 3689-XII (поточна редакція 16.08.2020 р., підстава 815-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>
- ²¹ Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 07.06.1996 р. за № 236/96-ВР (поточна редакція 11.12.2019 р., підстава 286-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-вр>
- ²² Митний кодекс України від 13.03.2012 р. за № 4495-VI (поточна редакція 19.06.2020 р., підстава 641-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text>
- ²³ Податковий кодекс України від 01.01.2011 р. за № 2755-VI (поточна редакція 13.08.2020 р., підстава 821-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>
- ²⁴ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. *Відомості БПУ (ББП)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 04.11.2018 р.) (2519-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>
- ²⁵ Про внесення до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства енергетики та вугільної промисловості України, інших центральних органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується та координується через відповідних міністрів, Державного комітету телебачення і радіомовлення України: Закон України від 16.10.2012 р. за № 5460-VI (поточна редакція 01.01.2019 р., підстава 2427-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5460-17>
- ²⁶ Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку з прийняттям Закону України Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях: Закон України від 19.06.2018 р. за № 2462-VIII (набрання чинності 31.08.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2462-19>
- ²⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо клінічних випробувань лікарських засобів: Закон України від 12.05.2011 р. за № 3323-VI (набрання чинності 05.06.2011 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3323-17>
- ²⁸ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання фальсифікації лікарських засобів: Закон України від 08.09.2011 р. за № 3718-VI (поточна редакція 19.11.2012 р., підстава 4651-VI). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3718-17>
- ²⁹ Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення своєчасного доступу пацієнтів до необхідних лікарських засобів та медичних виробів шляхом здійснення державних закупівель із залученням спеціалізованих організацій, які здійснюють закупівлі: Закон України від 19.03.2015 р. за № 269-VIII (поточна редакція 19.04.2020 р., підстава 114-IX, припинення дії відбудеться 01.04.2022 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/269-19>
- ³⁰ Про внесення змін до Закону України Про лікарські засоби щодо удосконалення порядку забезпечення населення лікарськими засобами, призначеними для лікування соціально небезпечних і тяжких хвороб: Закон України від 12.08.2014 р. за № 1637-VII (введення в дію відбулось 05.10.2014 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1637-18>
- ³¹ Про внесення змін до статті 9 Закону України Про лікарські засоби щодо спрощення державної реєстрації лікарських засобів: Закон України від 31.05.2016 р. за № 1396-VIII (набрання чинності 19.06.2016 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1396-19>
- ³² Про внесення зміни до статті 9 Закону України Про лікарські засоби щодо доступу до результатів доклінічного вивчення та клінічних випробувань лікарських засобів: Закон України від 04.09.2018 р. за № 2519-VIII (введення в дію 04.11.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2519-19>
- ³³ Про внесення змін до деяких законів України щодо ліквідації штучних бюрократичних бар'єрів та корупціогенних чинників у сфері охорони здоров'я: Закон України від 02.06.2020 р. за № 644-IX (набрання чинності 05.07.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/644-20>
- ³⁴ Про внесення зміни до розділу II Прикінцеві положення Закону України Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення лікування коронавірусної хвороби COVID-19 щодо продовження строку дії у зв'язку із загрозою зростання захворюваності населення на коронавірусну хворобу COVID-19: Закон України від 19.06.2020 р. за № 737-IX (набрання чинності 27.06.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/737-20>
- ³⁵ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. *Відомості БПУ (ББП)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція 04.11.2018 р.) (2519-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>
- ³⁶ Про охорону прав на винаходи (корисні моделі): Закон України від 15.12.1993 р. за № 3687-XII (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/3687-12>
- ³⁷ Про внесення змін до деяких законів України з питань інтелектуальної власності: Закон України від 21.12.2000 р. за № 2188-III (набрання чинності 06.02.2001 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2188-14>
- ³⁸ Про платіжні системи та переказ грошей в Україні: Закон України від 10.01.2002 р. за № 2921-III (поточна редакція 20.10.2019 р., підстава 155-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2921-14>
- ³⁹ Про внесення змін до деяких законів України з питань інтелектуальної власності: Закон України від 04.07.2002 р. за № 34-IV (набрання чинності 10.08.2002 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/34-15>
- ⁴⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України від 15.05.2003 р. за № 762-IV (поточна редакція 01.01.2020 р., підстава 396-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/762-15>
- ⁴¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності: Закон України від 22.05.2003 р. за № 850-IV (поточна редакція 19.11.201 р., підстава 4651-VI). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/850-15>
- ⁴² Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення справності і модернізації озброєння та військової техніки Збройних Сил України: Закон України від 14.04.2009 р. за № 1256-VI (набрання чинності 07.07.2009 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1256-17>
- ⁴³ Про внесення до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства енергетики та вугільної промисловості України, інших центральних органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується та координується через відповідних міністрів, Державного комітету телебачення і радіомовлення України: Закон України від 16.10.2012 р. за № 5460-VI (поточна редакція 01.01.2019 р., підстава 2427-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5460-17>

⁴⁴ Про внесення змін до деяких законів України щодо ліквідації штучних бюрократичних бар'єрів та корупційних чинників у сфері охорони здоров'я: Закон України від 02.06.2020 р. за № 644-IX (набрання чинності 05.07.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/644-20>

⁴⁵ Про охорону прав на винаходи (корисні моделі): Закон України від 15.12.1993 р. за № 3687-XII (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/3687-12>

⁴⁶ Андрощук Г.О. Інтелектуальна власність: юридична форма – економічний зміст. 2016. Юридична газета онлайн / Всеукраїнське щотижневє професійне видання № 34-35(532-533). URL: <https://yur-gazeta.com/interview/intelektualna-vlasnist-yuridichna-forma-ekonomichniy-zmist.html>

⁴⁷ Інтернет-ресурс «Українські новини. Бізнес». Єфименко К. Українська фармкомпанія вирішила самоліквідуватися (15.08.2018/11:43). URL: <https://nv.ua/ukr/amp/ukrajinska-farmakolohichna-kompanija-virishila-samolikviduvatisja-2488751.html>

⁴⁸ Інтернет-ресурс «5 канал». Голос Америки. Найближчі в Австрії і Китаї: В Україні відкрили завод з переробки плазми крові/ (23.09.2019/19:04). URL: <https://nv.ua/ukr/amp/ukrajinska-farmakolohichna-kompanija-virishila-samolikviduvatisja-2488751.html>; <https://www.google.com.ua/amp/s/www.5.ua/ru/amp/naukayt/blyzhaishye-v-avstryi-y-kytae-v-ukrayne-otkrily-zavod-po-pererabotke-plazmi-krovy-199729.html>

⁴⁹ Вишар Ю.Ю. Законодавчий еклектизм у охороні прав на інтелектуальний лік продукт. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 4. С. 254–262. URL: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/938269.pdf>

Резюме

Вишар Ю.Ю. Правова диференціація при вітчизняному законодавчому дефолті у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби.

У рамках даної статті вказано на значимість правової упорядкованості у створеній вітчизняній нормативно-правовій базі інтелектуальної власності на лікарські засоби на підставі міжнародного законодавства, імплементованого шляхом апроксимації національного законодавства до нормативів системи права Європейського Співтовариства у даній сфері. Представлено недоліки стандартних підходів української законотворчості у інтелектуальній фармацевтичній галузі до трансформації правового досвіду у фармацевтиці Європейської спільноти, що породжують вітчизняний законодавчий дефолт.

Зазначено про важливість правової диференціації і необхідність правового сортигу, відновлення національної правової системи для закріплення системи правового регулювання інтелектуальної фармацевтичної галузі шляхом збільшення прозорості фармацевтичного ринку та відповідальності його учасників.

Ключові слова: інтелектуальна власність, законодавчий дефолт, охорона прав, лікарські засоби, імплементация, патентування, комерціалізація, правова диференціація, фармацевтичний ринок, правовий сортиг, закон.

Резюме

Вишар Ю.Ю. Правовая дифференциация при отечественном законодательном дефолте в сфере интеллектуальной собственности на лекарственные средства.

В рамках данной статьи указано на значимость правовой упорядоченности в созданной отечественной нормативно-правовой базе интеллектуальной собственности на лекарственные средства на основании международного законодательства, имплементированного путем аппроксимации национального законодательства к нормативам системы права Европейского Содружества в данной сфере. Представлены недостатки стандартных подходов украинского законодательства в интеллектуальной фармацевтической отрасли к трансформации правового опыта в фармацевтике Европейского сообщества, что порождают отечественный законодательный дефолт.

Отмечена важность правовой дифференциации и необходимость правового сортига, возобновление национальной правовой системы для закрепления системы правового регулирования интеллектуальной фармацевтической отрасли путем увеличения прозрачности фармацевтической отрасли и ответственности его участников.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, законодательный дефолт, охрана прав, лекарственные средства, имплементация, патентование, комерціалізація, правовая дифференциация, фармацевтический рынок, правовой сортиг, закон.

Summary

Iuliia Vishar. Legal differentiation in the case of domestic legislative default in the field of intellectual property for medicines.

Within the framework of this article, it is pointed out the importance of legal order in the created domestic regulatory and legal framework of intellectual property for medicines on the basis of international legislation, implemented by approximating national legislation to the norms of the European Community law in this area. The disadvantages of the standard approaches of Ukrainian lawmaking in the intellectual pharmaceutical industry to the transformation of legal experience in the pharmaceutical industry of the European Community, which give rise to the domestic legislative default, are presented.

Impartially considered the impact of the lack of clarity of the current legislation on intellectual property in pharmaceuticals on the formation of legally defective, with protective and protective helplessness, intellectual property objects for medicines, which are a manifestation of the legal incompetence of national legislators.

The negligent attitude of domestic legislators to the uncertainty in the content of the above changes to the laws that have a direct impact on the definition of the concepts of intellectual property objects for medicines, forms a deformed regulatory and legal basis for patenting in this area – the ground for possible violations in the form of patent trolling, counterfeit pharmaceutical products, corruption schemes in medicine, unfair competition, falsification of drugs, and the like, where, first of all, the safety, quality and effectiveness of drugs are leveled.

The importance of legal differentiation and the need for legal sorting, the renewal of the national legal system to consolidate the system of legal regulation of the intellectual pharmaceutical industry by increasing the transparency of the pharmaceutical market and the responsibility of its participants are noted.

Indicated on the negligent attitude of domestic lawmakers to the uncertain classification of inventions in pharmaceuticals, which, like the above definitions of the concepts of intellectual property for medicines, forms a deformed regulatory framework for patenting in this area – the basis for possible offenses in the form of patent trolling, counterfeit pharmaceutical products, corruption schemes in medicine, unfair competition, falsification of drugs, etc., where, first of all First, the level of safety is leveled, as are the spines and effectiveness of drugs. At the same time, it should be noted that the lack of results of proper judicial practice in the field of intellectual property for medicinal products is an indicator of non-functioning legislative mechanisms for the transformation of the European legal system into a national regulatory framework.

The importance and necessity of restoring ecological pharmacies to consolidate the system of legal regulation of the intellectual pharmaceutical industry by increasing the transparency of the pharmaceutical market and the responsibility of its participants is indicated.

In our opinion, the legislation in this priority for the state strategy area should be reviewed to eliminate recurrences and contradictions based on the implemented system of monitoring, competent legal analytics and control of compliance of Ukrainian legislation with EU legislation. In turn, a well-functioning, fully documented pharmaceutical quality system must be developed that should include Good Manufacturing Practices (GMPs) with quality control and risk management for quality at the stage of intelligent product creation.

Thus, the underestimated pharmacy business, where extracorporeal medicines created in the conditions of individual production (manufacturing) with ensuring compliance with their purpose, the requirements of regulatory (analytical, technical, technological) documents, the State Pharmacopeia of Ukraine, and exclusion of risks for patients, may unreasonably have features patentability, based on international experience, as a manifestation of relevant medicine.

Key words: intellectual property, legislative default, protection of rights, medicines, implementation, patenting, commercialization, legal differentiation, pharmaceutical market, legal sorting, law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.60

УДК 343.14 (477)

Є.М. КОМПАНЕЦЬ

*Євгеній Михайлович Компанець, аспірант НДІ інтелектуальної власності НАПрН України**

ORCID: 0000-0001-8162-1965

УЧАСТЬ СПЕЦІАЛІСТА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ПРО ПОРУШЕННЯ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. Виробники вкладають значні ресурси в розробку нового продукту і його захист від підробок. У Global Brand Counterfeiting Report 2018 вказано, що навіть після вжитих заходів ринок контрафактної продукції та завдані ним збитки постійно зростають (до \$ 1,82 трлн в 2020 р.)¹. У 2019 р. для України наслідком порушення прав інтелектуальної власності та їх неадекватного захисту стали запроваджені США торговельні санкції. На початку 2020 р. ЄС вперше включив Україну до списку країн, що порушують права інтелектуальної власності, чим завдають шкоди економічним інтересам ЄС².

Проблема контрафакції та піратства є загальносвітовою і впоратись з нею можливо лише завдяки ефективному функціонуванню правоохоронної й судової систем у взаємодії з власниками прав інтелектуальної власності та особами, які володіють спеціальними знаннями. Для виконання завдань кримінального провадження про порушення прав інтелектуальної власності важливим питанням, яке необхідно дослідити і доказати, є з'ясування контрафактності/фальсифікації продукту, що має здійснюватися завдяки використанню знань спеціаліста.

Стан дослідження. Різні аспекти доказування у кримінальному провадженні досліджувалися відомі вчені: Р.С. Белкін, В.І. Гончаренко, Н.І. Клименко, П.Д. Біленчук, Ю.М. Грошевий, А.В. Іщенко, Г.М. Надгортний, В.К. Лисиченко, І.В. Пиріг, Є.Д. Лук'яничков, В.М. Тертишник, М.Є. Шумило та ін. Окремі проблеми розкриття й розслідування злочинів про порушення прав інтелектуальної власності на дисертаційному рівні досліджували: І.Р. Курилін, І.М. Горбаньов, Г.К. Адеєва, В.А. Галанов, О.В. Таран, І.Ю. Поліщук. Проте питанням участі спеціаліста та його ролі у процесі доказування злочинів даної категорії увага майже не приділялася. Водночас на практиці виникає багато питань, зв'язаних з недоліками у правовому регулюванні діяльності спеціаліста та суперечливою оцінкою його висновку судами, що підкреслює актуальність проведення даного дослідження.

Мета дослідження проаналізувати правовий статус, особливості участі в слідчих (розшукових) діях і використання знань спеціаліста та надати пропозиції для удосконалення процедури захисту прав інтелектуальної власності у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. КПК визначає спеціаліста як особу, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок. Сторони кримінального провадження (під час досудового розслідування) та суд можуть залучати спеціаліста для надання технічної допомоги (фотографування, складення схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо), а під час судового розгляду – для пояснень і допомоги (ч. 1, 2 ст. 71 КПК).

Можливість залучення спеціаліста до проведення слідчих дій передбачена в низці статей КПК – 228, 236, 237, 240, 245, 262, 266, 360, 361, що вказує на важливість даного правового інституту та доцільність використання спеціальних знань у процесі доказування.

Однією з особливостей кримінального провадження про порушення прав інтелектуальної власності (далі – ППІВ) є те, що для доказування «основного факту» – ППІВ орган досудового розслідування має вирі-

© Є.М. Компанець, 2020

* *Yevhenii Kompanets, Postgraduate student of Scientific-Research Institute of Intellectual Property of National Academy of Law Sciences in Ukraine*

шити ряд питань, зокрема, довести, що особа вчинила хоча б одну з дій, визначених законодавством як ППВ, та контрафактність/фальсифікацію товару.

Про важливість першочергового доказування події кримінального правопорушення зазначає М.Є. Шумило в коментарі до ст. 91 КПК: «При доказуванні насамперед мають бути встановлені обставини, які належать до події кримінального правопорушення»³. При цьому автор цієї статті вважає, що в структурі елементу предмета доказування – події правопорушення, первинно має бути встановлено та доказано контрафактність/фальсифікацію товару. Без доведення цього факту здійснення подальших слідчих дій недоцільне, тобто, якщо товар є оригінальним або послуга надана офіційно – порушення відсутнє. Більш того, не встановлення на початку здійснення провадження факту контрафактності/фальсифікації товару у подальшому може призвести до **втрати доказової цінності** цього факту.

Слідчий не володіє знаннями у виробничій сфері, однак необхідність встановлення ознак контрафактності/фальсифікації зумовлює залучення спеціаліста та використання його знань для ідентифікації продукції/контенту, що сприяє органу досудового розслідування в пізнанні елементу події правопорушення – інші обставини, які підлягають доказуванню. Знання, а в подальшому пояснення, заява, зауваження до протоколу слідчої дії, усні консультації або письмові роз'яснення, покази спеціаліста в суді можуть виступати засобами встановлення фактичних даних, зокрема, про способи виробництва і фальсифікації, види ознак фальсифікації тощо.

С.О. Бухонський наводить загальний перелік осіб, які найчастіше залучаються як спеціалісти. Це «співробітники судово-експертних підрозділів всіх рівнів та різної відомчої приналежності, компетентних працівників контролюючих органів, представників практичних, наукових, педагогічних колективів з глибокими знаннями та приватних осіб, що не входять до штату офіційних структур»⁴.

На відміну від експерта-товарознавця, який при дослідженні керується апробованими практикою методиками, або спеціаліста-криміналіста, який використовує стандартизовані методики в злочинах загальнокримінальної спрямованості, спеціалісту достатньо лише знань/досвіду роботи у певній галузі. Виходячи зі світової практики, в переважній більшості проваджень про ППВ, зазначені фахівці не можуть відповісти на питання слідчого (про ознаки фальсифікації чи оригінальності продукції) через відсутність спеціальних знань або оригінальних зразків для порівняльного дослідження. Натомість, оскільки знання виробника або власника ППВ одночасно є основою для створення нової продукції та інструментом її ідентифікації на предмет фальсифікації/оригінальності, їх спеціаліст відіграє особливу роль у встановленні істини в кримінальному провадженні про ППВ. Для прикладу, жодна експертна установа не взялася визначити кількість голків в обладнанні, яке використовувалося при виробництві шкарпеток. Залучення вузького спеціаліста допомогло слідчому вирішити декілька важливих питань: 1) ідентифікувати вилучену продукцію, як фальсифіковану; 2) визначити серед усього обладнання саме те, яке здійснювало виробництво фальсифікату; 3) пов'язати партії шкарпеток, які були вилучені в різних місцях.

Поняття «фальсифікована продукція» нормативно закріплено в п. 27 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» – продукція, виготовлена з порушенням технології або неправомірним використанням знака для товарів та послуг, чи копіюванням форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само неправомірним відтворенням товару іншої особи. Дефініції «контрафактні» і «піратські» товари визначені в п. 17) та 38¹) ч. 1 ст. 4 МК України. З наведених термінів можливо виділити дві ознаки фальсифікації/контрафактності – технічну («зовнішня ознака») та юридичну («ознака суті»). Технічна ознака (невідповідність оригінальній продукції за критеріями, переліченими вище) безпосередньо пов'язана з альтернативними способами використання об'єктів ППВ, закріплених у спеціальних законах в сфері інтелектуальної власності: нанесення торговельної марки/географічного зазначення, виготовлення/застосування продукту або виробу, введення його в цивільний оборот, застосування процесу. Відсутність технічної ознаки не виключає відповідальність особи, оскільки може бути наявна юридична ознака (піратство – продукт не фальсифікований, однак неправомірно отриманий/поширений). Іншим прикладом юридичної ознаки є положення ч. 6 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», який встановлює винятки із випадків правомірного використання торговельної марки та можливість притягнення до відповідальності за розповсюдження *оригінальної продукції*, зокрема, у разі зміни або погіршення стану товару після введення його в цивільний оборот.

Відсутність у слідчого перед обшуком певних зовнішніх ознак фальсифікації (для прикладу: продукція певного об'єму не виготовляється виробником) не надає йому можливості в ході обшуку відповісти на питання, чи оригінальна продукція. З відповіддю на зазначене питання безпосередньо пов'язана **низка** інших. Які ознаки фальсифікації – технічні чи юридичні? Чи є ознаки порушення ППВ? Яку з виявленої продукції вилучати (може увійти до об'єму обвинувачення)? Яка продукція виготовлена на виявленому обладнанні, а яка зберігалася у приміщенні, однак виготовлена на іншому обладнанні? Які межі економічної експертизи для встановлення розміру збитків потерпілого?

У контексті наведених питань слід погодитись із В.А. Галановим, С.П. Кузнецовою та І.Р. Куриліним. про те, що «необхідність використання спеціальних пізнань у розслідуванні правопорушень у сфері інтелектуальної власності обумовлена, перш за все, специфікою предмета злочинного посягання і способом скоєння вказаних злочинів. У зв'язку з цим слідчий об'єктивно **вимушений** запрошувати спеціалістів для надання допомоги при розслідуванні таких злочинів»^{5,6,7}.

Широкі можливості КПК у залученні спеціаліста нівелюються правозастосуванням, згідно з яким, в переважній більшості проваджень про ППВ, на превеликий жаль, спеціалісти виробника або власника ППВ до проведення слідчих (розшукових) дій не залучаються. Один із найбільш негативних наслідків з практики: на час розгляду скарги про повернення вилученої продукції вона не була ідентифікована як фальсифікована, суд постановив рішення про її повернення, а слідчий закрит провадження через відсутність речових доказів – предметів правопорушення.

Обговорення та публікації з проблематики реалізації прав спеціаліста і використання висновку в кримінальному провадженні не вирішили дискусійні питання та проблеми:

- 1) розмитість та неповнота прав спеціаліста;
- 2) неврегульованість механізму залучення спеціаліста та оформлення результатів його участі в кримінальному провадженні;
- 3) правове значення результатів діяльності спеціаліста (пояснення/висновок спеціаліста як додаток до протоколу слідчої дії, висновок як документ-письмовий доказ, покази);
- 4) неоднозначна оцінка документів спеціаліста судом. Аналіз цих питань допоможе законодавцеві з удосконаленням окресленого інституту, а практикам – у правозастосуванні.

Насамперед необхідно звернути увагу на неоднозначність трактування поняття «консультації» під час досудового розслідування, на відміну від ч. 1 ст. 360 КПК, яка передбачає усні консультації або письмові роз'яснення спеціаліста в ході дослідження доказів у суді. Вважаємо правильним підхід вчених В.П. Корж⁸, Л.Г. Чигрини, Є.Д. Лук'янчикова⁹ про можливість надання спеціалістом консультацій як в усній, так і в письмовій формі.

Окрему увагу привертає застосування сполучника *тощо* в переліку дій спеціаліста (ч. 2 ст. 71 КПК) – однорідних членах речення (фотографування, складення схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо). Згідно зі Словником української мови¹⁰ сполучник *тощо* вживається в кінці переліку чого-небудь як вказівка на його неповноту, на можливість його продовження. Автор вважає, що застосування цього сполучника вказує на неповноту дій та невичерпність їх переліку. Можливо, у такий спосіб законодавець свідомо не обмежує інші можливі дії спеціаліста.

Підтвердженням позиції автора є те, що дії спеціаліста під час обшуку (ч. 7 ст. 237 КПК) розширені здійсненням: вимірювання, звуко- чи відеозапису, оглядом і вилученням речей і документів. Слідчий експеримент (ст. 240 КПК) передбачає проведення необхідних дослідів чи випробувань. До завдань спеціаліста в ході слідчого експерименту В.М. Тертишник відносить «надання допомоги в реконструкції обставин події та **безпосередньому здійсненні дослідів**»¹¹. Г.М. Надгорний¹², І.В. Пиріг¹³, автори коментарів КПК 1960 р.¹⁴ та 2012 р.,¹⁵ спільні в думці про те, що спеціалісти можуть **проводити дослідження** предметів і документів з метою виявлення ознак і властивостей, які мають доказове значення.

Науковці були почуті і в Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22 листопада 2018 р. № 2617-VIII повноваження спеціаліста в КПК були розширені наданням висновків (п. 7 ч. 4 ст. 71). У ст. 298-1 висновок спеціаліста віднесено до джерел доказів, **однак лише** щодо кримінального проступку. Очевидно, що норма встановлює нерівні можливості в процесі збору доказів і доказування злочинів та проступків. При цьому, оскільки за встановленою законом новою класифікацією правопорушень ППВ не віднесено до проступків, даний правовий інститут та його можливості для правовласників недоступні.

Зважаючи на зазначене, доцільним вбачається розширення повноважень спеціаліста (про надання висновку) і щодо злочинів, а також доповнення ч. 2 ст. 71 КПК механізмом залучення спеціаліста сторонами провадження.

Будь-яке дослідження потребує закріплення його результатів для можливості використання. КПК України, на відміну від КПК РФ, не відносить висновок спеціаліста до джерел доказів **щодо злочинів**. Т.М. Кучер констатує, що висновок спеціаліста не належить до переліку засобів доказування, «хоча положення, що закріплюють такий процесуальний документ та регулюють порядок його подальшого застосування, практично спростовують такий підхід законодавця щодо доказового матеріалу... пропонує доповнити перелік засобів доказування висновком спеціаліста»¹⁶. Тривають дискусії вчених і практиків щодо способу/форми фіксації результатів участі спеціаліста в кримінальному провадженні. З першого погляду відповідь проста та пов'язана з правом спеціаліста звертати увагу сторони, яка його залучила, або суду на характерні обставини чи особливості речей і документів. Однак в КПК встановлені форми такого «звернення», серед яких висновок спеціаліста відсутній:

- письмові пояснення як додаток до протоколу слідчої дії (п. 2 ч. 2 ст. 105);
- заяви, які заносяться до протоколу (ч. 4 ст. 237);
- зауваження до протоколу (п. 4 ч. 4 ст. 71);
- усні консультації/письмові роз'ясненнями спеціаліста в суді (ч. 1 ст. 360).

Наведені форми загалом співвідносяться з повноваженнями «сведующих лиц», визначених ще в Статуті кримінального судочинства 1864 р. Однак, як зазначалося вище, в переважній більшості проваджень спеціаліст правовласника до процесуальних дій не залучається. А чи можливо в такому випадку надання будь-якого документа про фальсифікацію?

Спираючись на правозастосування, автор вважає за можливе, оскільки спеціаліст:

– залучається не лише слідчим, а й потерпілим, захисником і, виконуючи їх вказівки, надає документ про фальсифікацію (довідка, акт, висновок, пояснення тощо);

– у порядку ст. ст. 40, 93 КПК надає слідчому документ про фальсифікацію на основі дослідження доказів, які вилучені в ході обшуку та надані спеціалісту для ідентифікації. Вважаємо, що такі дії не порушують процесуальні норми, адже допустимість доказів визначається насамперед законністю джерела, умов і способу його отримання. Одержаний у такий спосіб висновок може залучатися до матеріалів провадження у якості документа – процесуального джерела доказів (ч. 1 ст. 99 КПК). Сторона захисту не позбавлена можливості реалізації засади змагальності шляхом залучення іншого спеціаліста або призначення експертизи.

Попри різні погляди на можливість проведення спеціалістом дослідження продукції повністю підтримуємо О.Д. Соловйова, який вважає, що «висновок про контрафактність може надавати тільки правовласник марки (бренду) або його офіційний представник»¹⁷.

Оцінюючи роль спеціаліста в процесі доказування та за ст. 298-1 КПК проводячи паралелі з роллю експерта, слід погодитись із П.Д. Біленчук¹⁸ про те, що «обох згаданих процесуальних осіб об'єднує можливість введення до процесу доказування фактичних даних, які раніше були недоступні та перевірка достовірності фактів, встановлених іншими особами». У провадженнях про ППІВ таке введення передовсім полягає в можливості отримання слідчим відповіді на питання, чи фальсифікована продукція. Для підвищення ефективності судочинства та підкреслення доказового значення висновку спеціаліста пропонуємо включити його до переліку документів, передбачених ч. 2 ст. 99 КПК.

З огляду на наведену вище нечіткість та неповноту регулювання процесуального статусу спеціаліста і результатів його участі в кримінальному провадженні можливо пояснити і відсутність єдиного підходу до оцінки висновку спеціаліста сторонами та судом.

У провадженнях про ППІВ орган досудового розслідування вважає висновок спеціаліста належним та допустимим доказом. Однак відомі й випадки, коли прокурор критично оцінював висновок виробника, а тому доручав слідчому проведення іншого дослідження. Державна установа надала аналогічний висновок. При цьому такі установи, як ДП «Укрметртрестандарт», ДП «Науковий токсикологічний центр ім. акад. Л.І. Медведя» та ін. не мають в своєму штаті судових експертів, а тому за результатами дослідження висновок експерта, в розумінні ст. ст. 69, 84 КПК, не надається.

Вважаю, що це не може бути підставою для виключення з переліку доказів висновку спеціаліста виробника або протоколу випробування (згаданих ДП), оскільки такі документи відповідають ознакам доказу: містять фактичні дані, отримані в передбаченому порядку, мають значення для провадження, а тому повинні бути оцінені судом.

Правовою доктриною визначено основні вимоги до судового рішення – законність, обґрунтованість, вмотивованість, справедливість. Важливим елементом досягнення справедливого правосуддя в кримінальному процесі є дотримання процедури оцінки доказів, встановленої ст. 94 КПК. Під час судового розгляду деякі захисники стверджують, що висновок спеціаліста про фальсифікацію не належить до предмета доказування в злочинах про ППІВ. Вважаємо твердження необґрунтованим та таким, що не враховує особливості предмета доказування в злочинах даної категорії зважаючи на таке.

За результатами узагальнення 98 вироків за ст. ст. 177, 229 ККУ з ЄДРСР (2010–2019 рр.) необхідно зазначити, що у 30 вироків (30,6 %) суди вважали висновок спеціаліста (або його форми: акт ідентифікації, акт перевірки, внутрішня експертиза, технічний висновок, Аффідевіт) належним та допустимим доказом, а тому наводили у мотивувальній частині. Лише у шести із 30 вироків, як у справі¹⁹, суд також допитав спеціаліста. Така мала кількість допитів може свідчити про визнання судом висновку спеціаліста як документа-доказу. В іншій частині (69,4 %) вироків факт фальсифікації/ППІВ презюмується і не заперечується обвинуваченим, що мало наслідком застосування скороченої процедури судового розгляду.

Відсутність єдиного підходу до оцінки висновку зумовлює різну оцінку навіть в межах одного вироку²⁰. Низку доказів, в т.ч. висновок спеціаліста «суд оцінив як належні, допустимі і достовірні, оскільки отримані з передбачених законом джерел, у передбачений законом спосіб та зафіксовані в належній процесуальній формі. Зазначені докази частково підтверджують викладені в обвинувальному акті обставини». Надалі в тексті наведено протилежну оцінку і визнано недопустимим доказом висновок експертного дослідження у сфері інтелектуальної власності, здійсненого судовим експертом. Підстава – висновок експертного дослідження не є передбаченим ч. 2 ст. 84 КПК джерелом доказів. Очевидно, що здійснена судом оцінка є взаємовиключною, оскільки і висновок спеціаліста, і висновок експертного дослідження не віднесені до джерел доказів.

На основі аналізу правозастосування даного процесуального інституту автор вважає, що питання встановлення оригінальності/фальсифікації товару становить особливість предмета доказування в злочинах даної категорії.

Стосовно оцінки висновку спеціаліста, слід навести практику ЄСПЛ, який у справі «Пічугін проти Росії»²¹ висловив таку позицію: «Відмова національних судів визнавати висновки, підготовлені спеціалістами в якості доказів, порушує принцип рівності сторін. У рішенні констатовано порушення п. 1 і пп. (d) п. 3 ст. 6 Конвенції у зв'язку з несправедливим дослідженням доказів». Застосування наведеного рішення має універсальне значення для всіх учасників кримінального провадження та посилить їх позиції.

Зазначене дає підстави зробити висновок про те, що сукупність нечітких, неповних норм або їх відсутність у КПК, різні погляди законодавця, науковців, практиків, суперечлива судова практика оцінки висновку спеціаліста свідчать про необхідність удосконалення даного інституту та внесення змін до КПК.

Висновки. Участь спеціаліста у кримінальному провадженні є передумовою та безальтернативним механізмом доказування порушення прав інтелектуальної власності. Чітке визначення та закріплення повноважень спеціаліста в КПК усуне вищенаведені прогалини та перепони на шляху їх застосування. Суб'єктом застосування спеціальних знань у злочинах даної категорії виступає спеціаліст правовласника. Використання висновку спеціаліста, як документа і письмового доказу, є необхідною умовою для підвищення ефективності кримінального судочинства.

¹ Global Brand Counterfeiting Report 2018. URL: https://www.researchandmarkets.com/research/hzjb9c/global_brand?w=4

² Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries. URL: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158561.pdf

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ: Юстініан, 2012. 1223 с.

⁴ Бухонський С.О. Залучення спеціаліста як форма використання спеціальних знань у чинному кримінально процесуальному законодавстві. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*: зб. наук. статей. Чернівці, 2014. № 4. С. 190–198.

- ⁵ Галанов В.А. Взаимодействие органов следствия и дознания в процессе расследования уголовно наказуемых нарушений авторских прав в области распространения контрафактной продукции: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 148.
- ⁶ Кузнецова С.П. Возможности использования специальных знаний по делам о нарушении прав интеллектуальной собственности. *Теория та практика судової експертизи і криміналістики*: зб. наук.-практ. матеріалів / Харківський НДІ судових експертиз ім. засл. проф. М.С. Бокаріуса, Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого; ред. колегія: А.П. Заєць, М.Л. Цимбал, В.Ю. Шепітько та ін. Харків: Право, 2003. Вип. № 3. С. 570.
- ⁷ Курилін І. Р. Використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, які посягають на права інтелектуальної власності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ: КНУВС, 2007. 19 с.
- ⁸ Корж В.П. Использование консультационной помощи специалистов в методике расследования экономических преступлений. *Теория і практика судової експертизи і криміналістики*: матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конференції (м. Київ, 27 лютого 2018 р.). Київ, 2018, 412 с.
- ⁹ Лук'янчиков Є.Д., Лук'янчикова В.Є. Консультація – самостійна форма використання спеціальних знань. Там само.
- ¹⁰ Словник української мови: в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І.К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Т. 10. С. 218.
- ¹¹ Тертишник В.М. Кримінальний процес України. Особлива частина: підручник. Академічне видання. Київ: Алерта, 2014. 420 с.
- ¹² Надгорний Г.М. Проблема розмежування функцій експерта і спеціаліста. *Державно-правова реформа в Україні*: матер. наук.-практ. конференції (листопад 1997 р.). Київ, 1997. С. 318–321.
- ¹³ Пиріг І.В. Організація і тактика проведення огляду місця події в сучасних умовах розвитку науки і техніки. *Криміналістичний вісник*. 2019. № 2 (32). С. 30–35.
- ¹⁴ Тертишник В.М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. Київ: А.С.К., 2007. 1056 с.
- ¹⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки. Харків: Право, 2012. Т. 1. 768 с.
- ¹⁶ Кучер Т.М. Співвідношення висновків експерта спеціаліста як засобів доказування в цивільному процесі: питання теорії та практики. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2012. № 2 (10). С. 31–34.
- ¹⁷ Соловьев О.Д. О некоторых вопросах предварительного исследования алкогольной продукции. *Юридическая наука и практика*: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. № 4. С. 179–182.
- ¹⁸ Біленчук П.Д., Стрілець Г.О., О.О.Шульга О.О. Експертна служба України: історіографія, джерелознавство, методологія, праксеологія: монографія. Київ: Міжнародна агенція «БІЗОН», 2016. 288 с.
- ¹⁹ Вирок Деснянського районного суду м. Києва від 19.02.2013 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30543309> (дата звернення: 28.05.2020).
- ²⁰ Вирок Амур-Нижньодніпровський районний суд міста Дніпропетровська від 22.08.2019 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83794267> (дата звернення: 28.05.2020).
- ²¹ Пічугін проти Росії. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-174061%22%5D%7D> (дата звернення: 28.05.2020).

Резюме

Компанець Є.М. Висновок спеціаліста як передумова доказування порушення прав інтелектуальної власності у кримінальному провадженні.

Досліджено використання знань спеціаліста та результатів його участі в кримінальному провадженні (висновку) як засобу доказування злочинів про порушення прав інтелектуальної власності. Розглянуто мету залучення і завдання спеціаліста в ході досудового розслідування і судового розгляду. Проаналізовано правовий статус, підкреслено нечіткість, неповноту прав спеціаліста, констатовано відсутність механізму залучення та порядку оформлення результатів його участі в кримінальному провадженні. Наведено практику використання та оцінки висновку судами, в т.ч. ЄСПЛ. Обґрунтовано використання знань спеціаліста правласника або виробника не лише в ході проведення слідчих дій. Запропоновано зміни до КПК України для спрощення доказування та підвищення ефективності органу досудового розслідування.

Ключові слова: спеціаліст, висновок спеціаліста, кримінальний процес, доказування, контрафактна/фальсифікована продукція, інтелектуальна власність.

Резюме

Компанець Е.М. Вывод специалиста как предпосылка доказывания нарушения прав интеллектуальной собственности в уголовном деле.

Исследовано использование знаний специалиста и результатов его участия в уголовном деле (заключении) как средства доказывания преступлений о нарушении прав интеллектуальной собственности. Рассмотрены цель привлечения и задачи специалиста в ходе досудебного расследования и судебного разбирательства. Проанализированы правовой статус, подчеркнута нечеткость, неполнота прав специалиста, констатировано отсутствие механизма привлечения и порядка оформления результатов его участия в уголовном производстве. Приведена практика использования и оценки заключения специалиста судами, в т.ч. ЕСПЧ. Обосновано использование знаний специалиста правообладателя или производителя не только в ходе проведения следственных действий. Предложены изменения в УПК Украины для упрощения доказывания и повышения эффективности органа досудебного расследования.

Ключевые слова: специалист, вывод специалиста, уголовный процесс, доказывание, контрафактная/фальсифицированная продукция, интеллектуальная собственность.

Summary

Yevhenii Kompanets. The specialist's report as a prerequisite for proving infringement of intellectual property rights in criminal cases.

The article is devoted to the study of use of the specialist's knowledge and the results of his participation in criminal proceedings (providing a report) as a means of proving the crimes towards intellectual property rights. The purpose of involvement of the specialist and tasks handled by the specialist during pre-trial investigation and trial have been considered. The legal status of the specialist has been analyzed, vagueness and incompleteness of the specialist's rights have been emphasized, absence of the mechanism of involve-

ment of the specialist and the procedure of formalizing the results of his/her participation in criminal proceedings has been stated. It has been proved why in the majority of cases the specialist of the right holder/official manufacturer serves as the subject of applying special knowledge in the crimes related to infringement of intellectual property rights.

The practice of use of the specialist's knowledge (providing a report) in the course of pre-trial investigation, trial and evaluation of the specialist's report by the courts, including ECtHR has been provided. Decision of ECtHR stresses the importance of recognition and evaluation of the specialist's report as evidence, it is of universal significance for all parties to the criminal proceedings and it will strengthen their positions. The possibility of use of knowledge of the specialist (right holder/official manufacturer) not only in the course of investigative actions has been substantiated.

Amendments to the CPC of Ukraine are proposed, which are aimed at simplifying proving and increasing the efficiency of pre-trial investigation body in crimes of this category, namely to elaborate and expand the rights/the list of actions of the specialist (examination of items/documents), to determine the mechanism of involving the specialist, to include the specialist's report in the list of documents, which serve as written evidence.

Key words: specialist, specialist's report, criminal proceedings, proving, counterfeit products, intellectual property.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.61

УДК 347.77

І.І. КУЗЬМИЧ

*Ірина Іванівна Кузьмич, аспірантка Київського
університету права НАН України**

ORCID: 0000-0001-5606-7165

ПРАВОВИЙ СТАТУС КЛАСИФІКАЦІЙНОЇ МУТАЦІЇ БІОМЕДІНТЕЛЕКТПРОДУКТУ

Постановка проблеми. Квінтесенція сьогодення, панацея для людства, наукоємна, перспективна, конкурентоспроможна, високорентабельна, інтелектуалізована – галузь біотехнологій виправдовує особливу роль, надану часом. Унікальність об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології, які водночас є цінним інструментом ринкової політики, важливим для життєзабезпечення та небезпечною зброєю, створює або спотворює свою значимість, що залежить від того, хто є патентоволодільцем даного біотехнологічного дива та наскільки юридично обґрунтовані охорона і захист прав на біомедінтелектпродукт. Також при формуванні охоронних та захисних правових функцій необхідно враховувати неординарну специфічність об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології, що може стати наріжним каменем як для патентованих біотехнологій, так і патентовласників.

Так, правова екзистенціальність біотехнологій, втрачаючи чітку визначеність у новелах міжнародного права, у конкуруючих статтях Директиви 98/44/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС від 6 липня 1998 р. «Про правовий захист біотехнологічних винаходів»¹, Директиви 2004/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність» від 29 квітня 2004 р.², які взаємодоповнюють зміст та створюють суперечливі спірні питання в забезпеченні механізмів охорони прав інтелектуальної власності на біотехнології, закладених, зокрема, у Законі України «Про охорону прав на сорти рослин» від 21 квітня 1993 р. за № 3116-ХІІ³, Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. за № 1629-IV⁴ та Угоді «Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 27 червня 2014 р. за № 984_011⁵, стає об'єктом інтелектуальної власності, привабливим для правопорушень та махінацій.

До того ж, посилює безконтрольність запущеного генетично модифікованого процесу у життєво важливих галузях виключення з патентоспроможності сортів рослин і тварин, по суті, біологічних процесів виробництва рослин і тварин, що призведе до руйнівних наслідків зазначеної проблеми, де неповноцінність правових регуляторів харчової, сільськогосподарської, фармацевтичної біотехнології, яка застосовує генетичну інженерію, трансгенні рослини і тварин, генетичну модифікацію, стане дієвою перешкодою для гармонізації положень національного й міжнародного законодавств.

Варто зазначити засади проблем якості цивільно-правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології, де, по-перше, під патентний захист включено мікроорганізми, штами і таке подібне, тобто, живі істоти, які самовідновлюються та самопродукуються, мутують і мають здатності, які ще не вивчені, що потребує більш детального компетентного визначення об'єктів інтелектуальної власності у нормативно-правових актах; по-друге, враховуючи вищезазначене, у даних об'єктів інтелектуальної власності з'являються відповідні можливості, що потребує спеціалізованої патентної охорони, захисту та контролю з боку держави; по-третє, не враховується винахідницька та ринкова інноваційна стрімкість при законотворчості із збереження, охорони та захисту інноваційного винаходу; по-четверте, проблематика не з'явилася наразі, постійно знаходиться на поверхні: об'єкти інтелектуальної власності, що потребують не тільки ретельного спеціалізованого підходу до створення умов їх патентного захисту, а й правової узгодженості, чіткої юридичної та соціальної позиції, – такі, як трансплантаційний матеріал, клони, біороботи.

© І.І. Кузьмич, 2020

* *Iryna Kuzmych, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Звертаючи увагу на значущість теоретичних структурованих розробок механізму правового регулювання захисту прав інтелектуальної власності таких вчених, як Ю.Л. Бошицький⁶, М.К. Галантич, І.І. Дахно, В.А. Дозорцев, В.С. Дроб'язко, В.О. Жаров, А.О. Козиниць, В. Косак, О.В. Кохановська, О.М. Мельник, Н.М. Мироненко, О.П. Орлюк, О.А. Підпригора, О.П. Сергєєв, О.І. Харитонова, Г.Ф. Шершеневич, Ю.С. Шемшученко, Р.Б. Шишка; проблематику сучасної адміністративно-правової охорони інтелектуальної власності – предмета досліджень О.М. Головкової, І.Г. Запорожця, Н.О. Можаровської, Л.Т. Комзюк, Г.В. Корчового та інших; питання кримінально-правової охорони та захисту інтелектуальної власності, досліджені П.С. Берзіним та А.С. Нерсеяном; – варто визначити доведену наявність принципового етапу консолідувальної основи необхідності правового забезпечення недоторканності й непорушності захисту прав інтелектуальної власності у державі, із застосуванням заходів примусового характеру, спрямованих на відновлення цих прав⁷.

Утім, беручи за основу унікальність, специфічність, неоднорідність, екзистенціальність біотехнологій як об'єктів інтелектуальної власності, вітчизняні та зарубіжні науковці, вказуючи у своїх дослідницьких роботах на деякі аспекти проблематики економічного та правового забезпечення розвитку біотехнологій, а саме: Дж. Бартон, К. Ведовелло, Б. Карлсон, Л. Крачок, Р. Креспі, П. Респор, О. Слободян, Т. Швед, К. Фрімен, М. Холм, С. Якобсон; а також у роботах щодо співвідношення регулювання прав інтелектуальної власності та охорони громадського здоров'я – І. Демченка, Є. Грекова, О. Кашинцевої, В. Муравйова, А. Олєфіра, Д. Чибісова, тощо⁸; – сприяють з'ясуванню основних понять та категорій правового статусу і регулювання сфери біотехнологій в Україні, взаємозв'язку економічних тенденцій та правових недоліків системи нормативного регулювання на національному та міжнародному рівні, із звуженим врахуванням етимології біотехнології, що спричиняє оманливість у правовій векторності⁹.

Наразі у вітчизняній юридичній науці не було здійснено ґрунтовних спеціалізованих комплексних еквівалентних досліджень проблем уніфікації та гармонізації права інтелектуальної власності в Європейському Союзі у контексті генезису і перспектив розвитку цієї комунітарної правової сфери у системі права ЄС, проблем адаптації, так званого «поступового наближення» українського законодавства до правової системи ЄС, зокрема, проблем біопатентування, де складність полягає у специфіці та унікальній неоднорідності саме об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології, здатних до саморепродукування та самовідтворення.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є висвітлення змісту засад проблематики якості цивільно-правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології, що полягає у здійсненні спроби дослідити правову екзистенціальність біопатентів й охарактеризувати значення особливостей суті біотехнологій як об'єктів інтелектуальної власності. Також для розуміння обґрунтування зумовленості не тільки правового статусу біомедіцинського продукту, а й процедури патентування, враховуючи дану специфіку на етапі створення нормативно-правового підґрунтя, закладеного, зокрема, у Законі України «Про охорону прав на сорти рослин» від 21 квітня 1993 р. за № 3116-ХІІ (редакція від 4 жовтня 2018 р., підстава 2530-VIII)¹⁰, розкрити підходи міжнародно-правових актів у частині закріплення принципів захисту прав інтелектуальної власності, таких, як Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 1992 р. за № 995_030, (редакція від 29 жовтня 2010 р., підстава 995_k03) (далі – Конвенція)¹¹, Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі – ТРІПС) від 15 квітня 1994 р.¹², Регламент Ради Європейського Союзу 2100/94 «Про права на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві» від 27 липня 1994 р.¹³, Директива 98/44/ЄС від 6 липня 1998 р.¹⁴, Директива 2004/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність» від 29 квітня 2004 р.¹⁵ (м. Страсбург) та визначити особливості їх реалізації в національному законодавстві, а саме: у постанові КМУ «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 16 серпня 1999 р. За № 1496 (редакція від 21 травня 2003 р., підстава 716-2003-п)¹⁶, Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 за № 1629-IV (редакція від 4 листопада 2018 р., підстава 2581-VIII)¹⁷ та Угоді «Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 27 червня 2014 р. за № 984_011 (редакція від 30.11.2015 р., підстава v2980321-15)¹⁸ (далі – Угода про асоціацію). До того ж, вважається за необхідне представити латентні сторони самої природи даних об'єктів інтелектуальної власності та окреслити грані можливостей правового аутсортигу біотехнологій.

Виклад основного матеріалу. Власне кажучи, починаючи з чинних джерел права Європейського Союзу і Європейських співтовариств, де проілюстрована неоднорідність та громіздкість самої нормативно-інституціональної системи Союзу і Співтовариств та полісистемність європейської нормативної структури, які містять положення про засоби забезпечення прав на інтелектуальну власність, зокрема, в Угоді про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі – ТРІПС) від 15 квітня 1994 р.¹⁹, з'ясовано, що дані положення є загальними стандартами, які застосовуються на міжнародному рівні і використовуються в усіх державах-членах ЄС. При цьому, виходячи з положень п. п. 8, 9 Директиви № 2004/48/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність», фактично зазначено перешкоджання вільному пересуванню в межах внутрішнього ринку, створенню сприятливих умов для здорової конкуренції, послаблення матеріального права на інтелектуальну власність і дроблення внутрішнього ринку в цій галузі, втрати впевненості у внутрішньому ринку в ділових колах із подальшим скороченням капіталовкладення в інноваційну та творчу діяльність, так як невідповідності між системами держав-членів ЄС щодо способів здійснення прав на інтелектуальну власність завдають шкоди нормальному функціонуванню внутрішнього ринку, унеможливають гарантію того, що права на інтелектуальну власність здійснюються еквівалентно рівню захисту даних прав на всій території Співтовариства²⁰.

Встановлено, що згідно із ст. 7 «Цілі» частини першої «Загальні положення та основні принципи» Угоди ТРІПС, захист і контроль за дотриманням прав інтелектуальної власності повинні сприяти запровадженню технологічних нововведень та передачі й розповсюдженню технологій для обопільної вигоди виробників і користувачів технологічних знань у такий спосіб, що сприяє соціальному та економічному добробуту, а також балансу прав і обов'язків²¹. Переверено часом, що таким правовим інструментом охорони прав інтелектуальної власності є патент, який представляє собою узаконений документ, що забезпечує виняткові права власника патенту на комерційне використання винаходу, де патент – це загальнодоступний документ, який містить докладний опис винаходу і, таким чином, інформує треті особи про сутність нововведення і його обмеження. Це дозволяє їм вирішити питання, чи варто продовжувати роботу в даному напрямі, чи/або ж спробувати використовувати запатентований винахід як стартовий майданчик для інших можливих розробок. Тобто стратегія, яка об'єднує інтереси обох сторін, полягає в тому, що держава надає винахідникам виключні права на нові продукти або способи їх отримання. Так, відповідно до п. 3 ст. 27 «Патентоспроможні об'єкти» Розділу 5 «Патенти» частини другої ТРІПС члени можуть не дозволяти патентування, зокрема, рослин та тварин, крім мікроорганізмів та важливих біологічних процесів для продукування рослин або тварин, крім небіологічних та мікробіологічних процесів, однак повинні забезпечити захист сортів рослин або через патенти, або sui generis ефективну систему, або завдяки їх комбінації, із правом перегляду цього положення через чотири роки після набрання чинності Угодою СОТ²². Тому у ст. 5 «Об'єкт прав на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві», ст. 6 «Охоронювані селекційні досягнення» Регламенту Ради Європейського Союзу 2100/94 «Про права на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві» зазначено, що об'єктом прав на селекційні досягнення, які повинні бути індивідуальними, однорідними, стабільними й новими, є різновиди всіх ботанічних сортів і видів, включаючи, поміж іншим, і гібриди сортів і видів рослин²³.

Окреслено, що термін «сорт рослин» повинен використовуватися для позначення групи рослин в межах одного ботанічного таксону найнижчого відомого класу, чия класифікація, незалежно від того, чи повністю дотримуються умови для надання права на селекційні досягнення, зокрема, може бути визначена за допомогою характеристик, що виникають у результаті даного генотипу чи/або комбінації генотипів. Тому, зважаючи на положення Директиви 98/44/ЄС «Про правову охорону біотехнологічних винаходів» від 6 липня 1998 р. (далі – Директива) у п. 1 ст. 3, де нові винаходи, які передбачають винахідницьку стадію, та які піддаються промислового застосуванню, підлягають патентуванню, навіть, якщо вони стосуються продукту, що складається з біологічного матеріалу, що містить його, або процесу, за допомогою якого біологічний матеріал виробляється, переробляється або використовується, виявляємо визначення біологічного матеріалу²⁴.

Так, вказано на те, що біологічний матеріал, виділений із природного середовища або отриманий технічним процесом, може бути предметом винаходу, навіть якщо він раніше відбувся в природі, де (а) «біологічний матеріал» означає будь-який матеріал, що містить генетичну інформацію і здатний відтворити себе або відтворюватися в біологічній системі; (б) «мікробіологічний процес» означає будь-який процес, що включає або проводиться на мікробіологічному матеріалі або в результаті цього.

Доречним є і тлумачення поняття «сорт рослин», що у п. п. 30–32 Директиви визначається законодавством таким, що захищає нові сорти, згідно з яким сорт визначається цілим геномом і, отже, має індивідуальність і чітко відрізняється від інших сортів із врахуванням того, що рослинне угруповання, яке характеризується певним геномом (а не всім його геномом), не охоплюється захистом нових сортів, і тому не виключається з патентоспроможності, навіть якщо воно включає нові сорти рослин. Утім, якщо винахід полягає лише в генетичній модифікації певного сорту рослин, і якщо новий сорт рослин буде розведений, він все одно буде виключений з патентоспроможності, навіть якщо генетична модифікація є результатом по суті не біологічного процесу, а біотехнологічний процес²⁵.

Вочевидь, з'ясована відсутність чіткого визначення як рослинних угруповань, так і відмінностей біологічного від біотехнологічного процесу, що спостерігається і у визначенні живих змінених організмів, представлених у п. 3 ст. 19 Конвенції «Застосування біотехнології та розподіл пов'язаних з нею вигод», де, принаймні, йдеться про необхідність і умови прийняття заходів, можливо, у формі протоколу, включаючи, зокрема, попередню згоду, обґрунтовану по розробці відповідних процедур у галузі безпечної передачі, використання і застосування будь-яких живих змінених організмів, що є результатом біотехнології і здатні спричинити несприятливий вплив на збереження і стале використання біологічного різноманіття²⁶.

При цьому, згідно зі ст. 16 «Доступ до технології та її передача», при вказанні на патентування генетичних ресурсів і технології, зумовленої патентами та іншими правами інтелектуальної власності, такий доступ і передача забезпечуються на умовах достатньої ефективної охорони прав інтелектуальної власності із відповідністю їй – без жодних з'ясувань конкретизації, що вимагає уточнення механізму правового захисту біотехнологічних винаходів. Відповідно до ст. 8 «Збереження in-situ», де «Умови in-situ» означають умови, в яких існують генетичні ресурси в рамках екосистем і природних місць мешкання, а у випадку акліматизованих або культивованих видів, – у тому середовищі, в якому вони набули свої характерні ознаки, свідчать про встановлення або підтримку заходів регулювання, контролю або обмеження ризику, пов'язаного з використанням і звільненням живих організмів, які є результатом біотехнології, що можуть мати шкідливі екологічні наслідки, здатні впливати на збереження і стале використання біологічного різноманіття, з урахуванням також безпеки для здоров'я та життя людини²⁷.

Зважаючи на необхідність гармонізації для уточнення зазначеної невизначеності, варто розглянути транспозиції в національне законодавство, де з часу приєднання (2 червня 1995 р.; 2 серпня 2006 р.) України до Міжнародної конвенції з охорони нових сортів рослин від 2 грудня 1961 р. (Конвенція УПОВ) досягнуто значних здобутків у забезпеченні конституційних прав громадян володіти і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної власності на сорти рослин²⁸.

Очевидно, що Угодою про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 р., а також Концепцією адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу було визначено пріоритетні сфери адаптації законодавства, від адаптації яких залежить зміцнення економічних зв'язків України та держав-членів ЄС, при регулюванні відносин, пов'язаних із охороною прав інтелектуальної власності²⁹. Так, згідно з п. 4 ст. 221 «Охорона винаходів у галузі біотехнологій» Підрозділу 5 «Патенти» Угоди про асоціацію, винаходи, які стосуються рослин і тварин, є патентоспроможними, коли технічна можливість реалізації винаходу не обмежується конкретним сортом рослини або породою тварини. Уточнення підпункту (b) цього пункту, про найбільш суттєво важливі для відтворення рослин і тварин біологічні процеси, – які не завдають шкоди патентоспроможності винаходів, що стосуються мікробіологічних або інших технічних процесів чи продуктів, одержаних за допомогою таких процесів, де їх комерційне використання не суперечить *ordre public* (публічному порядку) або суспільній моралі.

Також варто зазначити, що відповідно до ст. 220 «Додатковий охоронний сертифікат», продукція, призначена для захисту здоров'я та рослин, що охороняється патентами на відповідній території сторін даної угоди, може підлягати адміністративній процедурі надання дозволу перед випуском на ринок, і проміжок часу, який проходить від дати подання заявки на патент до одержання першого дозволу випускати продукт на їхній відповідний ринок у порядку, встановленому відповідним законодавством, може скоротити період ефективної охорони згідно з патентом³⁰.

Слід наголосити, що об'єкти інтелектуальної власності на біотехнології розглядаються як допоміжні елементи, речовини, матеріал, що є головною оманю при наданні біотехнологіям патентоспроможності, не враховуючи природну здатність даного об'єкта до індивідуальної мінливості. Так, у фармацевтиці стандартний шлях вирішення проблеми підвищення доступності сучасних лікарських засобів для широких верств населення вбачається у заміні оригінальних препаратів на їх більш дешеві відтворені копії. Безумовно, для хімічно синтезованих лікарських засобів більш дешевий генеричний лікарський засіб, за умов доведеної біоеквівалентності, є ідентичним оригінальному препарату, тому має таку саму ефективність та безпеку, що дає змогу широкого застосування генериків при здійсненні заміни ними оригінальних препаратів. На противагу синтетичним лікарським засобам, не зважаючи на економічну привабливість, біосиміляри неможливо зіставити з оригіналом за критеріями ефективності, якості та безпеки, оскільки унеможливлене створення двох абсолютно ідентичних банків клітин, необхідних у використанні для отримання активної речовини, а також повторити тривалий і складний процес виробництва. При цьому необхідно зважити на те, що клітина – основна функціональна одиниця життя, яка реалізує всі його властивості. Це означає, що клітини існують як самостійні елементарні біологічні системи, так і в складі багатоклітинного організму. До того ж, незалежно від типу всі клітини мають генетичний вміст, який забезпечує реалізацію всіх метаболічних (обмінних) процесів та термін їх існування³¹.

Виходячи з цього, зрозуміло, що активна речовина біосиміляру, на відміну від синтетичних молекул, не ідентична, а подібна до активної речовини оригінального препарату, де причина неабсолютної ідентичності полягає у значних відмінностях самих організмів, на які фіксується цільовий протеїн, а також у методах їх отримання, очистки або в способах глікозилювання. Все вищеперелічене впливає на фармакокінетику та імуногенність біотехнологічних лікарських препаратів. Окрім того, існують значні відмінності у складних молекулах різних представників групи біологічних продуктів (наприклад рекомбінантних протеїнів, препаратів крові, імунологічних препаратів, препаратів генної та клітинної терапії). Багатовимірна структура молекул, амінокислотна послідовність і посттрансляційні модифікації біотехнологічних препаратів зумовлюють значні зміни їх властивостей при змінах у процесі виробництва. Профіль безпеки – ефективність біотехнологічних препаратів багато в чому залежить від рівня організації виробничих процесів та контролю їх якості³².

Недостатньо приділено уваги і тому, що будь-яке відхилення від процесу виробництва, особливо порушення умов культивування клітин та спрощення процесу очистки, призводить до відхилень у структурі кінцевого продукту та співвідношенні ізоформ, спричиняє наявність додаткових бактеріальних ендотоксинів та, як наслідок, зумовлює високу імуногенність – одну з основних проблем, пов'язаних із розробленням та застосуванням біосимілярів. При цьому імуногенність біотехнологічних препаратів може підвищуватися за рахунок багатьох факторів, до яких належать варіації послідовності технологічних процесів, глікозилювання, наявність забруднювальних речовин та утворення домішок. Мають значення і приготування лікарської форми, зберігання й транспортування препаратів, враховуючи те, що багатьом біосимілярам притаманна неоднорідність щодо розподілу ізоформ, оскільки дуже важко визначити вплив різних ізоформ на загальний ступінь активності й токсичності препарату, тому вимагається дотримання однорідності між різними партіями біосиміляру. Між тим, розбіжності між партіями свідчать про наявність суттєвих недоліків у виробничому процесі, що в результаті, із врахуванням високого ступеня інтересу до біотехнологічних препаратів, призводить до значних ризиків появи у клінічній практиці біосимілярів із недоведеною ефективністю, якістю та безпекою, застосування яких несе загрозу для життя та здоров'я хворих³³.

До речі, визнаючи існування на фармацевтичному ринку України біотехнологічних препаратів, зареєстрованих раніше за іншими спрощеними процедурами, такою, як процедура для генериків, у Європейському Союзі система регулювання обігу біосимілярів діє вже понад 10 років у вигляді довготривалого контролю безпеки застосування, який націлений на виявлення всіх клінічно значимих ознак імуногенності та інших небажаних ефектів біосимілярів після їх реєстрації.

До того ж, була представлена програмна заява від 24 липня 2014 р. Міжнародною федерацією фармацевтичних виробників та асоціацій (International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations – IFPMA), де рекомендовано ввести до фармацевтичного законодавства країн новий термін «непорівнювані

біотерапевтичні продукти» для класифікації біотехнологічних препаратів – копії оригінальних, але які порівнювалися безпосередньо з уже зареєстрованим референтним біотехнологічним препаратом за параметрами якості, безпеки й ефективності та не були зареєстровані за процедурою, що застосовується для реєстрації біосимілярів. Також провести післяреєстраційну відповідну порівняльну оцінку якості, безпеки та ефективності з оригінальним препаратом, відповідно до рекомендацій ВООЗ, та провести таку оцінку для кожного непорівнюваного біотерапевтичного препарату, враховуючи причинно-наслідковий характер даного застосування³⁴.

Слід зазначити, що у світі не існує загальновизнаної номенклатури назви штамів, і використовувані назви досить довільні, отже, зважаючи на те, що штам (від нім. Stamm, буквально – «ствол», «рід») – чиста культура вірусів, бактерій, інших мікроорганізмів або культура клітин, ізолювана в певний час і в певному місці³⁵, зрозуміло, що міжнародне визнання депонування для цілей патентної процедури – тільки спосіб підтвердження можливості здійснення винаходу та іміджевий статус спеціалізованої колекції. Так, у складі Української колекції мікроорганізмів для забезпечення, відповідно до Державної фармакопеї України, потреб підприємств та інститутів в штамів мікроорганізмів для проведення контролю якості лікарських засобів створена колекція референтних тест-штамів, зокрема, у Інституті мікробіології і вірусології ім. Д.К. Заболотного НАН України (м. Київ) – 38 тест-штамів для контролю якості лікарських засобів, що у реаліях пандемічного хаосу є безцінним державним надбанням³⁶.

Вищезазначена проблематика вимагає розгляду розвитку біотехнологій у часі, які з'явившись на початку ХХ ст. (введення терміна – 1917 р.), стрімко рухались із досягненнями від відкриття та виробництва пеніциліну (1943 р.), розшифровки структури ДНК (1953–1976 рр.), синтезу біополімерів (1963 р.), гену транспортної РНК (1972 р.), гібридних Ті-плазмідів (1983 р.), генетичних та фізичних карт хромосом (1994–1995 рр.) до клонування свавця з диференційованої соматичної клітини (1997 р.). Минуле сторіччя залишило людству і еритропоетин (1996 р.) – перший рекомбінантний білок, річний обсяг продажів якого з початку виробництва вже перевищив 1 млрд доларів США. Стрімкий початок у 2003 р. із відкриттям геному надав світу можливості трансплантації органів живих організмів, клонування самих живих організмів та створення легалізованих імітантів – біороботів, що поставило нормативно-правовий світовий простір перед фактом. Маємо у реаліях той випадок, коли нестриманий потік винаходів та відкриттів випереджає можливості законодавчої бази, що загрожує непередбачуваними наслідками. Зважаючи на хронологічну динаміку, представлену вище, зрозуміло, що біологічна інформація такого рівня, своєчасно не забезпечена охороною та захистом об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології під потужним державним контролем, може загрозувати безпеці людства.

Дотепер дискутуючи щодо виокремлення об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології з решти, покладаючись на екзистенціальність біотехнологій, отримуємо, в тому числі, і фармацевтичні препарати іншого рівня – нанофармацевтичні препарати, де за оцінками аналітичної компанії GlobalData, на стадії клінічних досліджень знаходиться понад 230 нанофармацевтичних препаратів, із них 75 % є розробками для боротьби з онкологічними захворюваннями. Зважаючи на те, що нанофармацевтичні препарати (nanopharmaceuticals) – відносно новий клас лікарських засобів, що містять наноматеріали, – наномедицина вже є одним із провідних напрямів досліджень. Дослідницькі групи, що працюють у даній сфері, зосереджені на таких напрямках, як індивідуалізована терапія, системи доставки ліків на основі наночастинок, таргетна терапія, де одним із найперспективніших напрямів застосування наномедицини є онкологія.

За даними звіту «Nanopharmaceuticals – Thematic Research» компанії GlobalData, 45 % кандидатів у препарати для лікування онкологічних захворювань є кон'югатами моноклональних антитіл (які доставляють токсичні речовини безпосередньо в клітини-мішені шляхом специфічного зв'язування) із очікуванням того, що лідерами за обсягами продажів у 2025 р. серед нанофармацевтичних препаратів будуть саме кон'югати моноклональних антитіл, зокрема Enhertu (3,6 млрд дол. США), Adcetris (2,1 млрд дол.) та Kadcyla (1,9 млрд дол.). При цьому варто підкреслити, що фармацевтичні компанії, які базуються на наукових дослідженнях, витрачають більше коштів на НДДКР (дослідження та розробки), ніж будь-яка інша велика галузь, в середньому 13 % їх продажів (більше ніж 25 % у випадку деяких компаній), відповідно, вони залежать від ефективного патентного захисту³⁷.

Висновки. Таким чином, створено законодавчий простір, де міжнародно-правові акти є носієм рекомендаційного характеру у забезпеченні охорони прав інтелектуальної власності, зокрема, на біотехнології, тоді як, беручи до уваги вищевикладене щодо специфічності, правової екзистенціальності біопатентів, де закон повинен нести важливу за змістом інформацію, бути інструкцією для здійснення чітких дій у контексті трансформації правового регулювання в даній сфері, є неприпустимою некомпетентність при національній законотворчості, що спричиняє так званій законодавчий дефолт.

До того ж, на думку автора, для забезпечення ефективних механізмів охорони та захисту прав інтелектуальної власності на біотехнології необхідно зосередити увагу на вивченні багатогранної біорізноманітної змістовності об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології, нестабільної сутності та мутаційного характеру із необмеженими можливостями даних об'єктів, що потребує зваженого підходу до встановлення правового статусу як об'єкта, так і патентоволодільця біотехнологій, в умовах жорсткого державного обліку та контролю, при створенні обґрунтованої структурної класифікації біотехнологічних винаходів.

Передусім вбачається необхідність розкрити унікальність біотехнологій, як об'єктів інтелектуальної власності, тому на прикладі біосимілярів доведено, що біотехнологічні лікарські препарати – речовини проєїсної природи, які принципово відрізняються від звичайних синтетичних лікарських засобів як за будовою, так і за технологією виробництва. Тому створення подібних їм препаратів, так званих біосимілярів, потребує формування та застосування нового мислення, відмови від «генеричних» звичок, із новими висо-

кокваліфікованими кадрами в галузі біотехнологій щодо вивчення біосимілярності (біоподібності), із особливим підходом до розробок, досліджень, контролю виробництва та урахування при наданні патентоспроможності об'єктам інтелектуальної власності на біотехнології.

Безсумнівно, дане дослідження довело, що об'єкти інтелектуальної власності на біотехнології мають властивості і природну здатність, які спричиняють індивідуальну мінливість складу і змістовності, відповідно, що фактично підтверджує неавтентичність до решти об'єктів інтелектуальної власності, окреслює перспективи виокремлення біотехнологій у самостійне правове поле із застосуванням, на думку автора, в рамках власної пропозиції, посилення заходів захисту інтелектуальної біотехнологічної інформації, таким способом, як права токенизація.

Також порушені питання щодо використання інновацій інтелектуальної власності на біотехнології у вигляді трансплантології, клонування, роботизації, що тягнуть за собою юридичну та соціально-етичну обов'язковість та невідкладність утворення моделі і структури правового регулювання із визначенням правового статусу даних об'єктів інтелектуальної власності. До того ж, відображені показники хронологічної динаміки та вказані очевидні сторони недоопрацьованої нормативно-правової бази, показані наслідки глибоких трансформаційних перетворень, із попередженням переходу від хаотичної законотворчості до правового колапсу при бездіяльності, некомпетентності і несвоєчасності вирішення накопичених законодавчих проблем.

¹ Про правову охорону біотехнологічних винаходів: директива 98/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС від 6.07.1998 р. *Офіційний вісник ЄС*, L 213, 30 липня 1998 р. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044>

² Про забезпечення прав на інтелектуальну власність: директива 2004/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС від 29.04.2004 р. (м. Страсбург). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_b39

³ Про охорону прав на сорти рослин: Закон України від 21.04.1993 р. за № 3116-XII (поточна редакція 4.10.2018 р., підстава 2530-VI). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3116-12>

⁴ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. за № 1629-IV (редакція від 4.11.2018 р., підстава 2581-VIII). Розділи II, V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15>

⁵ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р., документ 984_011 (поточна редакція 30.11.2015 р., підстава – v2980321-15), ст. 220, п. 4, ст. 221, підрозділ 5. URL: https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011

⁶ Бошицький Ю., 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=AS P_meta&C21COM=S&S21P03=FILE=&S21STR=Chkup_2015_1_49

⁷ Павленко Т.А. Особливості захисту права інтелектуальної власності в сучасній Україні *Наука права*. 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

⁸ Олефір А.О. До проблеми правової охорони біотехнологій. *Теорія і практика інтелектуальної власності: наук.-практ. журнал* / Н.-д. ін-т інтелектуальної власності Нац. Акад. прав. наук України. ISSN 2308-0361. Київ, 2015. № 1. С. 71–83. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Triv_2015_1_10

⁹ 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=AS P_meta&C21COM=S&S21P03=FILE=&S21STR=Chkup_2015_1_49

¹⁰ Про охорону прав на сорти рослин: Закон України від 21.04.1993 р. за № 3116-XII (поточна редакція 4.10.2018 р., підстава 2530-VI). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3116-12>

¹¹ Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 1992 р. за № 995_030 (редакція від 29.10.2010 р., підстава 995_k03), п. 3 ст. 19, ст. 16, ст. 8. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030

¹² Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності № 981_054 від 15.04.1994 р. (поточна редакція від 6.12.2005 р., документ № 981_018). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

¹³ Про права на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві: регламент Ради Європейського Союзу 2100/94 від 27.07.1994 р. ст. ст. 5, 6. URL: <http://base.garant.ru/2570154/>

¹⁴ Про правову охорону біотехнологічних винаходів: директива 98/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 липня 1998 р. *Офіційний вісник ЄС*, L 213, 30 липня 1998 р., С. 13–21, п. 1, ст. 3, п.п. 30–32. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044>

¹⁵ Про забезпечення прав на інтелектуальну власність: директива 2004/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС від 29.04.2004 р. (м. Страсбург), п. 8, 9. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_b39

¹⁶ Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: постанова КМУ від 16.08.1999 р. за № 1496 (редакція від 21.05.2003 р., підстава 716-2003-п). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1496-99-p>

¹⁷ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. за № 1629-IV (редакція від 4.11.2018 р., підстава 2581-VIII). Розділи II, V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15>

¹⁸ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р., документ 984_011 (поточна редакція 30.11.2015 р., підстава – v2980321-15), ст. 220, п. 4, ст. 221, підрозділ 5. URL: https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011

¹⁹ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності № 981_054 від 15.04.1994 р. (поточна редакція від 6.12.2005 р., документ № 981_018), п. 7, ч. I. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

²⁰ Про забезпечення прав на інтелектуальну власність: директива 2004/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС від 29.04.2004 р. (м. Страсбург), п. 8, 9. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_b39

²¹ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності № 981_054 від 15.04.1994 р. (поточна редакція від 6.12.2005 р., документ № 981_018), п. 7, ч. I. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

²² Там само.

²³ Про права на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві: регламент Ради Європейського Союзу 2100/94 від 27.07.1994 р. ст. ст. 5, 6. URL: <http://base.garant.ru/2570154/>

²⁴ Про правову охорону біотехнологічних винаходів: директива 98/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 липня 1998 р. *Офіційний вісник ЄС*, L 213, 30 липня 1998 р., С. 13–21, п. 1, ст. 3, п.п. 30–32. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044>

²⁵ Там само.

²⁶ Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 1992 р. за № 995_030 (редакція від 29.10.2010 р., підстава 995_k03), п. 3 ст. 19, ст. 16, ст. 8. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030

²⁷ Там само.

²⁸ Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин від 02.12.1961 р. (приєднання України від 2.06.1995 р.; 2.08.2006 р.), документ 995_856 (поточна редакція 2.08.2006 р., підстава 60-V). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_856

²⁹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р., документ 984_011 (поточна редакція 30.11.2015 р., підстава – v2980321-15), ст. 220, п. 4, ст. 221, підрозділ 5. URL: https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011

³⁰ Там само.

³¹ Камаєва А.А. Аналіз патентних прав на інтелектуальний потенціал перспективних для біотехнологічного виробництва штамів мікроорганізмів / за ред.: Камаєва А.А., Суяндук М.Ж., Закар'я К.Д., Алмагамбетов К.Х. *Міжнародний журнал прикладних та фундаментальних досліджень*. 2014. № 8-2, С. 13–16. URL: <https://www.applied-research.ru/ru/article/view?id=5573>

³² Войтенко С.Л. Генетика з основами розведення та відтворення сільськогосподарських тварин: навч.-метод. посіб. / за ред.: Войтенко С.Л., Васильєва О.О., Вишневський Л.В., Шаферівський Б.С. Полтава : ПП Астроя, 2018. 213 с. URL: <http://dspace.pdaa.edu.ua:8080/bitstream/123456789/3612/1/Генетика%20з%20основами%20розведення%20та%20відтворення%20тварин.pdf>

³³ Талаєва Т.В. Біотехнологічні лікарські препарати та біосиміляри: що необхідно знати клініцистам при призначенні біосимілярів / за ред.: Талаєва Т.В., Дорошук Л.В., Кудрявцева І.Г. ДП Державний експертний центр МОЗ України. № 59 (1), 2015. URL: <http://www.rheumatology.kiev.ua/article/7529/biotexnologichni-likarski-preparati-ta-biosimilyari-shho-neobxidno-znati-klinicistam-pri-priznachenni-biosimilyariv>

³⁴ Там само.

³⁵ Каленова Л.Ф. Вплив вторинних метаболітів *Bacillus sp.* з багатолітнemerзких порід на синтез цитокінів мононуклеарними клітинами периферичної крові людини / за ред.: Каленова Л.Ф., Коливанова С.С., Бажин А.С., Бесєдін І.М., Мельников В.П. *Бюлетень експериментальної біології і медицини*. 2017. Т. 163. № 2. URL: <https://www.utmn.ru/presse/novosti/nauka-segodnya/612060/>

³⁶ Колекція референтних тест-штамів. *Інститут мікробіології і вірусології ім. Д.К. Заболотного НАН України (м. Київ)*. 38 тест-штамів для контролю якості лікарських засобів. URL: <http://www.imv.kiev.ua/index.php/ru/shtam>

³⁷ Кетрін Уїтні. На стадії клінічних досліджень знаходяться понад 230 нанофармацевтичних кандидатів у препарати. *Аптека.ua*. Новини. 28.04.2020. URL: <https://xn--hlade2i.xn--j1amh/news/280420-1.html>

Резюме

Кузьмич І.І. Правовий статус класифікаційної мутації біомедінтелектуального продукту.

Стаття присвячена правовій ідентифікації біомедінтелектуального продукту, його змістовності як об'єкту інтелектуальної власності. Вказано, на прикладі штамів та біосимілярів, на унікальну індивідуальну мінливість властивостей та схильності до постійної мутації змістовності біотехнологій, як об'єктів інтелектуальної власності, що безпосередньо може впливати на забезпечення охорони та захисту біопатентів. Детально обґрунтовано представлені ризики використання постпатентних непорівнюваних біотерапевтичних препаратів, не ідентичні оригінальним біотехнологічним препаратам у трьох напрямках: якість, безпека, ефективність, як приклад необхідного законодавчого контролю.

Привернуто увагу до необхідності правової класифікації і відсутності чіткості визначень понять об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології в міжнародних та вітчизняних нормативно-правових актах, які негативно позначаються на утворенні правового статусу біотехнологій, та дзеркально відображаються на використанні правового інструментарію при патентуванні.

Ключові слова: інтелектуальна власність, правовий статус, біотехнології, патентування, класифікація, мутації штамів, біосиміляри, трансплантація, клонування, біороботи.

Резюме

Кузьмич І.І. Правовой статус классификационной мутации биомединтеллектуального продукта.

Статья посвящена правовой идентификации биомединтеллектуального продукта, его содержательности как объекта интеллектуальной собственности. Указано, на примере штаммов и биосимиляров, на уникальную индивидуальную переменчивость свойств и склонной к постоянной мутации содержательности биотехнологий, как объектов интеллектуальной собственности, которая непосредственно может влиять на обеспечение охраны и защиты биопатентов. Детально обоснованы представленные риски использования постпатентных несравнимых биотерапевтических препаратов, не идентичные оригинальным биотехнологическим препаратам в трех направлениях: качество, безопасность, эффективность, как пример необходимого законодательного контроля.

Привлечено внимание к необходимости правовой классификации и отсутствия четкости определений понятий объектов интеллектуальной собственности на биотехнологии в международных и отечественных нормативно-правовых актах, которые негативно отражаются на образовании правового статуса биотехнологий, и зеркально отображаются на использовании правового инструментария при патентовании.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, правовой статус, биотехнологии, патентование, классификация, мутации штаммов, биосимиляры, трансплантация, клонирование, биороботы.

Summary

Iryna Kuzmich. Legal status of biomedintellectproduct classification mutation.

The multifaceted nature of the content of biotechnology has turned a science that studies the possibilities of using living organisms, their systems or their vital products to solve technological problems, as well as the possibility of creating living organisms with

the necessary properties by genetic engineering, into one of the areas of industry of important macroeconomic importance. In all leading countries of the world, national and international programs on biotechnology, funded by public and private capital, are developed and are operating, in addition, the results of scientific research in the field of biotechnology. Implement long-term projects with a high degree of risk upon receipt of various commercial products, the development results of which must be reliably protected from competitors, possibly while ensuring the granting of exclusive rights to new products and technologies by patenting. Thus, the protection of the right to biotechnology makes the patent an instrument for transferring technology and protecting new markets in the global economy, where the use of such an instrument is most effective in industries with a high cost of research and development, but low production cost of the final product, typical for biotechnological, microbiological and pharmaceutical industry.

The article is devoted, in essence, to the legal identification of a biomedical product, its content, as an object of intellectual property. It is indicated, using the example of strains and biosimilars, on the unique individual variability of properties and the content of biotechnologies, which is prone to constant mutation, as objects of intellectual property, which can directly affect the protection and protection of biopatents. Risks of the use of post-patent non-comparable biotherapeutic drugs, which are not identical to the original biotechnological drugs in three directions: quality, safety, efficacy, are presented in detail, as an example of the necessary legislative control. Attention is drawn to the need for legal classification and the lack of clarity in the definitions of intellectual property objects for biotechnology in international and domestic regulatory legal acts, which negatively affect the formation of the legal status of biotechnologies, and are mirrored on the use of legal tools for patenting.

The article presents an examination of the current classical legislation in the plane of a legal innovation model, taking into account the signs of legislative default and the absence of judicial practice, with a proposal for a reset of the domestic legislative system in the field of intellectual property on biotechnology, which is strategically very important for the state. The problems of the national legal system in the field of intellectual property on biotechnology are outlined, taking into account the emergence of fundamentally new objects of intellectual property generated by transplantation, cloning and robotization, regarding the determination of the legal status of these objects. It is investigated that high-quality provision of protection and protection of intellectual property objects consists in the development of a relevant legislative procedure on a highly specialized competent basis, taking into account the constant dynamic and innovative intellectual exclusivity.

Key words: intellectual property, right status, biotechnology, patenting, classification, mutations of strains, biosimilars, transplantation, cloning, biorobots.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.62

УДК 347.77

І.А. СТРОЙКО

*Ірина Анатоліївна Стройко, аспірантка Київського університету права НАН України, адвокат**

ORCID: 0000-0003-4764-0083

НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЛАТФОРМ СПІЛЬНОГО ДОСТУПУ ДО ВІДЕО У КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ СУМІЖНИХ ПРАВ НА ПРОГРАМУ

Постановка проблеми. Протягом останніх років медіа-ландшафт в Україні і світі змінюється революційним чином. Все більшої ваги для споживачів набирають послуги платного телебачення, різноманітні сервіси з поширення відеоконтенту, що пропонуються IPTV-мережами і OTT-платформами. Власні відеосервіси запускають глобальні технологічні компанії (наприклад, сервіс “Apple TV+” від ІТ-гіганту “Apple”, доступний споживачам з 1 листопада 2019 р., відеосервіс “Tangi” від “Google”, представлений у лютому 2020 р. тощо) і великі голлівудські мейджерські студії (наприклад, стрімінговий сервіс “Disney+”, запущений у США з 12 листопада 2019 р. та інші). 9 серпня 2017 р. про запуск власної відеоплатформи “Facebook Watch” оголосила соціальна мережа “Facebook”, маючи на меті створення конкурента відеосервісу “YouTube”.

Окреслені процеси призводять до появи нових гравців на світовому ринку аудіовізуальних медіа, що потребує модернізації правового регулювання на всіх рівнях: міжнародному, регіональному і національному. Зростання популярності нелінійних аудіовізуальних послуг («відео-на-замовлення») потребує переосмислення терміна «програма організації мовлення».

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На рівні Європейського Союзу прийняті важливі акти законодавства, що регулюють питання діяльності платформ спільного доступу до відео, таких як: YouTube, Netflix та багато інших.

До 7 червня 2021 р. держави – члени Європейського Союзу зобов’язані імплементувати у національне законодавство положення Директиви (ЄС) 2019/790 Європейського парламенту і Ради від 17 квітня 2019 р. про авторське право і суміжні права в рамках Єдиного цифрового ринку, яка доповнює Директиви 96/9/ЄС і 2001/29/ЄС¹.

19 вересня 2020 р. спливає строк гармонізації законодавства країн – членів Європейського Союзу до положень оновленої редакції Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги, зокрема нововведень стосовно діяльності платформ спільного доступу до відео². Починаючи з цієї дати, Комісія Європейського Союзу буде здійснювати моніторинг статусу імплементативних норм Директиви з метою контролю за дотриманням нових правил.

© І.А. Стройко, 2020

* *Iryna Stroyko, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine, attorney*

Деякі експерти досить критично поставилися до новел правового регулювання Європейського Союзу в мережі Інтернет.

Значну роль для застосування нововведень на практиці будуть відігравати роз'яснення компетентних органів Європейського Союзу і судова практика Суду справедливості Європейського Союзу ("Court of Justice of the European Union" ("CJEU")).

Формулювання мети статті. Зважаючи на вищевикладене, метою цієї статті є проведення аналізу визначення термінів «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту» і «провайдер платформи спільного доступу до відео», що використовуються у вищевказаних Директивах Європейського Союзу, і з'ясування змісту поняття «програма» з огляду на технологічні зміни у процесах передачі інформації і стрімкий розвиток аудіовізуального сектору.

Виклад основного матеріалу. За оцінкою "Digital TV Research", кількість передплатників платного телебачення ("Pay TV") у 2019 р. у 138 країнах світу збільшилась на 16 мільйонів і досягла відмітки у 1 028 мільйонів чоловік³. Причому показово, що таке зростання демонструють ринки, які тільки з'являються і починають розвиватися.

За словами Головного аналітика "Digital TV Research" Саймона Мюррея (Simon Murray), лідером зростання передплатників платного телебачення виступає IPTV. Так, у 2019 р. загальна кількість абонентів IPTV становила 307 (триста сім) мільйонів чоловік, що є більшим на 49 (сорок дев'ять) мільйонів, порівнюючи з попереднім роком. Тенденцію до зменшення числа передплатників у світі демонструють платний супутник і кабельне телебачення. Їхні втрати у 2019 р. становлять відповідно 6 (шість) мільйонів абонентів платного супутника, 1 (один) мільйон передплатників цифрового кабельного телебачення і 25 (двадцять п'ять) мільйонів абонентів аналогових кабельних мереж.

Якщо залишити поза увагою аналогове кабельне телебачення, кількість передплатників платного телебачення у світі показує впевнене зростання і збільшилась з 380 (трьохсот вісімдесяти) мільйонів у 2010 р. до 991 (дев'ятсот дев'яносто одного) мільйона у 2019 р.

Згідно з виданням "Brightcove Q2 2020 Global Video Index Entertainment and Media Edition" споживання новинного і розважального контенту через OTT-платформи у світі протягом першого півріччя 2020 р. збільшилось на 30 (тридцять) відсотків, порівнюючи з аналогічним періодом 2019 р.⁴ При цьому другий квартал 2020 р. позначився зростанням у 40 (сорок) відсотків, що є майже удвічі більшим, ніж показник першого кварталу. Зазвичай темпи зростання споживання контенту з використанням сервісів OTT протягом другого кварталу є меншими, ніж у першому кварталі.

У другому кварталі 2020 р. кількість абонентів OTT-платформи "Netflix" збільшилась на 26 (двадцять шість) мільйонів, а "Disney+" у цей же час отримав більше 54 (п'ятдесят чотирьох) мільйонів передплатників. За словами керівника "Brightcove Inc." Джеффа Рея (Jeff Ray), 2020 р. став еволюційним у контексті споживання відео, причому одночасна передача ("streaming") розважального відеоконтенту через OTT-платформи продовжує демонструвати стабільне зростання⁵.

За даними "Mediapost", у другому кварталі 2020 р. рекламні доходи п'яти преміальних OTT-платформ зі стрімінгу відео-на-замовлення, що містить рекламу ("advertising-supported video-on-demand", або "AVOD"), зросли на 31 (тридцять один) відсоток⁶.

За підрахунками "MoffettNathanson Research", загальна сума доходів п'яти стрімінгових OTT-платформ "Hulu" від "The Walt Disney Company" та "Comcast", "Peacock" від "NBCUniversal", "Pluto TV" від "ViacomCBS", "Tubi" від "Fox Corp." і "Roku" у другому кварталі 2020 р. становила 849 (вісімсот сорок дев'ять) мільйонів доларів США.

Вищевказані факти переконливо свідчать про поступовий відхід від звичних глядачеві традиційних ефірного, кабельного і супутникового телебачення і зростання користування новітніми сервісами, зокрема тими, що пропонуються IPTV-мережами і OTT-платформами.

Відповідно, це викликає необхідність правового регулювання їхньої діяльності, у тому числі у частині охорони і захисту суміжних прав на програму організації мовлення.

Директива (ЄС) 2019/790 Європейського парламенту і Ради від 17 квітня 2019 р. про авторське право і суміжні права в рамках Єдиного цифрового ринку, яка доповнює Директиви 96/9/ЄС і 2001/29/ЄС (Directive (EU) 2019/789 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC) (далі – «Директива щодо Єдиного цифрового ринку») вводить у правове поле термін «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту» ("online content-sharing service provider").

Відповідно до першого абзацу пункту (6) ст. 2 вказаної Директиви під провайдером послуги з поширення онлайн-контенту слід розуміти провайдера послуги інформаційного суспільства, головною або однією з основних цілей якого виступає зберігання і надання публічного доступу до великого обсягу об'єктів авторського права та/або суміжних прав, що завантажуються користувачами, які такий провайдер організовує або промотує з метою отримання прибутку.

При цьому другий абзац пункту (6) ст. 2 Директиви встановлює коло специфічних суб'єктів, що не підпадають під визначення терміна «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту», а саме: неприбутковий онлайн-енциклопедії, неприбутковий учбові і наукові депозитарії, платформи з розробки і поширення програмного забезпечення з відкритим кодом, провайдери електронних телекомунікаційних послуг, як визначено у Директиві ЄС 2018/1972 від 11 грудня 2018 р. про запровадження Європейського кодексу електронних комунікацій⁷, хмарні сервіси «бізнес для бізнесу», а також хмарні сервіси, що дозволяють користувачам завантажувати контент для їхнього власного користування.

Як пояснюється у пункті (62) Преамбули Директиви, визначення терміна «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту» має стосуватися тільки провайдерів онлайн-сервісів, що відіграють важливу роль на ринку онлайн-контенту, конкуруючи з іншими послугами, що надаються онлайн, такими як стрімінгові сервіси з поширення аудіо та відеоінформації, для однієї і тієї ж аудиторії. Головним призначенням або однією з основних цілей онлайн-послуг, що регулюються Директивою, виступає зберігання або уможливлення доступу до великої кількості контенту з метою отримання прямого чи опосередкованого прибутку, шляхом організації або промотування такого контенту для залучення більшої аудиторії, у тому числі за допомогою категоризації контенту та використання таргетованих промо- і рекламних матеріалів. Зазначені послуги не повинні включати сервіси, які мають інше призначення, ніж забезпечення можливості користувачів завантажувати і поширювати значні обсяги контенту, що охороняються відповідно до законодавства про авторське право і суміжні права, з метою отримання прибутку від такого роду діяльності.

Виходячи зі змісту п. 2 ст. 17 Директиви щодо Єдиного цифрового ринку, дозвіл, який отримує провайдер послуги з поширення онлайн-контенту, наприклад, шляхом укладення ліцензійного договору, має також охоплювати акти публічного сповіщення, здійснені користувачами послуг у тих випадках, коли вони не діють на комерційній основі або коли їхня діяльність не генерує значні доходи.

Таким чином, визначальною ознакою діяльності провайдера послуги з поширення онлайн-контенту є намір отримати прибуток як у прямій, так і опосередкованій формах.

На наш погляд, дія Директиви поширюється на такі сервіси, як YouTube, Facebook, Instagram, Google News, Netflix та інші загальновідомі Інтернет-платформи для зберігання і поширення контенту (у тому числі такого, що генерується споживачами (“user generated content”), метою яких є отримання прибутку.

Постає закономірне питання, чи може регулювання Директиви стосуватися також соціальних мереж у випадках поширення користувачами аудіовізуального контенту, зокрема контенту, що генерується самими споживачами.

Як зазначають певні дослідники, у перспективі можливе виникнення великої кількості спорів щодо кваліфікації того чи іншого онлайн-сервісу у якості провайдера послуги з поширення онлайн-контенту.

За словами Ремі Чаванн (Remy Chavannes) та Дорієн Ферхюльст (Dorien Verhulst), оцінка того, чи підпадає специфічний сервіс під визначення терміна «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту» буде у багатьох випадках сумнівною вправою, що є особливо проблематичним з огляду на різні правові наслідки, які матиме така кваліфікація⁸.

У цьому сенсі важливу допоміжну роль відіграють затверджені Комісією Європейського Союзу 2 липня 2020 р. Рекомендації стосовно практичного застосування критерію «основне функціональне призначення» визначення терміна «послуга платформи спільного доступу до відео» відповідно до Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги (“Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a ‘video-sharing platform service’ under the Audiovisual Media Services Directive”)⁹.

Стаття 1 оновленої 14 листопада 2018 р. Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги містить наступне визначення терміна «послуга платформи спільного доступу до відео»: це – послуга, визначена ст. ст. 56 і 57 Угоди про функціонування Європейського Союзу, де основним призначенням послуги чи віддільної її частини або основним функціональним призначенням такої послуги є надання широкій громадськості програм і (або) створення користувачами відео, за які провайдер платформи спільного доступу не несе редакційної відповідальності, з метою інформування, розважання або навчання через електронні комунікаційні мережі у значенні, встановленому пунктом (а) ст. 2 Директиви 2002/21/ЄС, причому організація яких визначається провайдером платформи спільного доступу до відео, зокрема з використанням засобів автоматизації або алгоритмів, у тому числі через показ, призначення тегів і встановлення послідовності.

При цьому під провайдером платформи спільного доступу до відео (“video-sharing platform provider”), згідно зі ст. 1 Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги, слід розуміти фізичну або юридичну особу, яка надає послугу платформи спільного доступу до відео.

Як зазначається у Рекомендаціях Комісії, під час оцінки певної послуги особлива увага має приділятися питанню, чи слугує аудіовізуальний контент засобом досягнення комерційного успіху або позиціонування послуги на ринку. Причому критерій «основне функціональне призначення» у жодному випадку не повинен тлумачитися як вимога того, що контент, доступний на платформі, є такою визначною комерційною важливістю, що, у випадку його відсутності, послуга не буде здатна функціонувати або продовжувати надаватися на ринку. У Рекомендаціях наголошується, що такий вузький підхід не буде гарантувати належний рівень захисту прав споживачів і неповнолітніх, коли вони споживають аудіовізуальний контент на багатьох популярних платформах, таких як соціальні медіа, і таким чином не буде відповідати меті Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги.

Незважаючи на різні предмети правового регулювання двох Директив: Директиви щодо Єдиного цифрового ринку і Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги, їхній взаємний зв'язок очевидний. Інтерпретація термінів і положень однієї Директиви буде мати значний вплив на розуміння умов іншої Директиви.

У згаданих Рекомендаціях щодо тлумачення норм Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги Комісія Європейського Союзу визначила декілька важливих індикаторів, які зобов'язані використовувати національні органи влади держав – членів Європейського Союзу при застосуванні критерію «основне функціональне призначення» визначення «провайдер платформи спільного доступу до відео».

Вищевказані індикатори можуть бути згруповані у 4 (чотири) категорії:

- 1) зв'язок між аудіовізуальним контентом і основною економічною діяльністю послуги;
- 2) кількісні та якісні показники аудіовізуального контенту, доступного завдяки сервісу;

3) монетизація або генерування доходів аудіовізуальним контентом;

4) наявність інструментів, призначених для покращення наглядності представлення або привабливості аудіовізуального контенту.

Важливо зазначити, що індикатори не повинні застосовуватися обов'язково спільно – відсутність одного чи декількох індикаторів не веде автоматично до висновку, що сервіс не може інтерпретуватися як послуга платформи спільного доступу до відео.

У Рекомендаціях Європейського Союзу зазначається, що перший критерій «зв'язок між аудіовізуальним контентом і основною економічною діяльністю послуги» виконується у випадку, якщо аудіовізуальний контент має цінність сам по собі на платформі, користувачі можуть споживати відео та програми як відокремлені одиниці послуги, що надається платформою.

Щодо першого критерію держави – члени Європейського Союзу мають взяти до уваги наступні фактори:

– загальну архітектуру і зовнішнє оформлення платформи. Для прикладу, слід проаналізувати, чи включають головні сторінки (включаючи інтерфейс, що поширюється) або рядок повідомлень визначні риси платформи з поширення відео, такі як презентація або пропозиція продивитися нові або популярні відео, переліки категорій контенту, кнопку «переглянути відео» або пряме відсилання за допомогою телефону або комп'ютеру на галерею контенту, що зберігається;

– автономну природу аудіовізуального контенту. У цьому контексті національні органи влади держав – членів Європейського Союзу можуть перевірити, чи користувачі розміщують, поширюють або завантажують відео як окремі одиниці, на противагу промотування продажу товарів, робіт або послуг;

– спеціальну функціональність послуги, розроблену для аудіовізуального контенту. Наприклад, наявність таких елементів, як «автоматичне програвання» (“auto-play”) або «показ у реальному режимі часу» (“livestreaming”) буде свідчити про виконання такого критерію. Слід також врахувати той факт, що платформа дозволяє пошук тільки відеоконтенту або фільтрування результатів відповідного пошуку шляхом демонстрації виключно відеофайлів;

– спосіб позиціонування послуги на ринку і ринковий сегмент, на який вона адресована. У цьому відношенні слід звернути увагу на те, чи позиціонує себе сервіс на ринку як платформа спільного доступу до відео або містить відсилання на себе при здійсненні публічного сповіщення, на аудіовізуальний компонент або на пропозицію відеоконтенту.

При оцінці кількісних та якісних показників аудіовізуального контенту слід проаналізувати наступні індикатори:

– кількість аудіовізуального контенту, доступного на платформі;

– використання аудіовізуального контенту на платформі. Для прикладу, національні органи влади держав – членів Європейського Союзу можуть використати такі кількісні дані, як число кліків (“clicks”), перепостів (“shares”) та «лайків» (“likes”) у відношенні відеоконтенту;

– охоплення аудіовізуальним контентом. Популярне відео, навіть у випадку обмеження кількості, може стати доступним для великого числа користувачів, особливо за допомогою перепостів та рекомендацій.

Як зазначається у Рекомендаціях Комісії Європейського Союзу, той факт, що платформи монетизують або генерують доходи від аудіовізуального контенту, зазвичай свідчить про те, що такий контент не є виключно допоміжною або другорядною частиною діяльності.

Наступні індикатори монетизації та генерації доходів повинні бути взяті до уваги державами – членами Європейського Союзу:

– включення рекламних повідомлень в аудіовізуальний контент чи поруч з таким контентом (такі як рекламні ролики до початку показу контенту (“pre-rolls”), протягом показу контенту (“mid-rolls”) і після завершення показу контенту (“post-rolls”));

– надання доступу до аудіовізуального контенту за умови оплати. Той факт, що платформа пропонує доступ до аудіовізуального контенту за плату, наприклад у випадку придбання передплати (такі сервіси як «відео-на-замовлення за підписку» (“Subscription VOD” (“SVOD”) або на умовах оплати-за-кожний показ (“pay-per-view”), підтверджує, що послуга генерує доходи від такого контенту;

– наявність спонсорських угод між брендами і користувачами, що завантажують контент (так звані «аплоудерами» (“uploaders”));

– відслідковування активності користувачів платформи. Такий фактор, що платформа відслідковує взаємодію користувачів з аудіовізуальним контентом, доступним за допомогою сервісу, для різноманітних маркетингових або комерційних цілей, такі як таргетована реклама, що базується на поведінці користувача, або угоди з поширення даних, повинні також розглядатися як засіб непрямой монетизації.

У відношенні четвертої категорії індикаторів щодо наявності інструментів, призначених для покращення наглядності представлення або привабливості аудіовізуального контенту, Комісія Європейського Союзу пропонує враховувати наступне:

– специфічний функціонал або дії, що дозволяють прискорити споживання аудіовізуального контенту. Для прикладу, той факт, що відеоконтент пропонується або показується на основній сторінці або на лінійці, без направлення спеціального запиту користувачем, можна вважати підтвердженням «основного функціонального призначення» для цілей ідентифікації провайдера платформи спільного доступу до відео;

– інструменти, доступні усередині або поруч з відео, призначені для залучення користувачів та сприяння їхній взаємодії. Наявність інструментів або систем, таких як фільтри, опції щодо репостів, чатів у реальному режимі часу, які спеціально пов'язані з аудіовізуальним контентом, є індикатором бажання сервісу створити сприятливі умови для залучення користувачів до споживання програм мовників та іншого відеоконтенту та привернення уваги до такого контенту. Вказаний індикатор також враховує будь-які розробки або інвес-

тування, здійснені сервісами у інноваційні, такі, що збільшують ефект присутності користувача послуги, та інтерактивні способи поширення і споживання аудіовізуального контенту. Наприклад, той факт, що сервіс підтримує спеціальний застосунок для «розумного телебачення» (“Smart TV”) може розглядатися як індикатор, що така послуга не тільки уможливує, а й активно сприяє споживанню аудіовізуального контенту;

– інструменти або системи, що дозволяють користувачам обирати аудіовізуальний контент, який вони мають намір замовити;

– інструменти або системи, які відслідковують виконання і керують контентом, що завантажується на платформу.

На наше переконання, з великою ймовірністю всі вищепераховані індикатори можуть бути взяті до уваги при ідентифікації не лише провайдера платформи спільного доступу до відео у контексті Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги, а й провайдера послуги з поширення онлайн-контенту відповідно до Директиви щодо Єдиного цифрового ринку.

Підпункт “b” ст. 1 оновленої 14 листопада 2018 р. редакції Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги містить нове визначення терміна «програма», що являє собою сукупність рухомих зображень із звуком або без звукового супроводу, що становлять індивідуальний елемент, незалежно від його тривалості, у рамках сітки мовлення або каталогу, встановленого провайдером медіа-послуги, включаючи художні фільми, відеокліпи, спортивні події, комедійні серіали, документальні передачі, дитячі передачі та оригінальні драматичні серіали. У цьому визначенні наголошується, що певна сукупність об’єктів авторського права та/або суміжних прав, що становить програму, відбираються не лише за сіткою мовлення (що є характерним для традиційного телебачення або лінійних аудіовізуальних медіа-послуг у термінології вищезазначеної Директиви), а й відповідно до каталогу (що є елементом послуг «відео-на-замовлення» (“Video-on-Demand”, або “VOD”), або нелінійних аудіовізуальних медіа-послуг).

Творча складова внеску провайдера нелінійної аудіовізуальної медіа-послуги полягає у доборі аудіовізуального контенту і вистроюванні різноманітних об’єктів авторського права і суміжних прав у певний каталог, що пропонується споживачу. На наш погляд, саме цей каталог, тобто певне розташування програмного продукту, і має охоронятися суміжними правами. Розвиток нових аудіовізуальних медіа-послуг потребує значних інвестицій, затрат творчого, адміністративного і організаційного характеру, тому провайдери цих послуг мають користуватися належною охороною своїх прав. Вважаємо, що саме інститут суміжних прав забезпечить ефективний захист нелінійних аудіовізуальних медіа-послуг, у тому числі тих, що розповсюджуються провайдерами послуг з поширення онлайн-контенту.

Пункт 1 ст. 17 Директиви щодо Єдиного цифрового ринку встановлює обов’язок держав – членів Європейського Союзу забезпечити, щоб провайдер послуги з поширення онлайн-контенту здійснював акт публічного сповіщення або акт доведення до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до контенту, тоді, коли провайдер надає публічний доступ до об’єктів авторського права та/або суміжних прав, що завантажуються його користувачами.

Пункт 2 ст. 17 вищевказаної Директиви наголошує, що з метою здійснення акту публічного сповіщення або доведення до загального відома публіки об’єктів авторського права та/або суміжних прав, зокрема програм мовників, провайдер послуги з поширення онлайн-контенту зобов’язаний отримати дозвіл від правовласника, про який йдеться в ст. 3(1) Директиви Європейського Союзу і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. «Про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві»¹⁰. Такий дозвіл може бути отримано, наприклад, шляхом укладення ліцензійного договору між провайдером послуги з поширення онлайн-контенту та правовласником.

Як можна побачити, визначення права на публічне сповіщення або доведення до загального відома публіки, що використовується у ст. 17 Директиви щодо Єдиного цифрового ринку, взяте з Директиви «Про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві», а отже, у цьому випадку є застосовними ряд рішень Суду справедливості Європейського Союзу щодо інтерпретації вказаного права.

У цьому контексті є цікавим Рішення Суду справедливості Європейського Союзу від 26 квітня 2017 р. у справі C-527/15 Асоціації для захисту прав індустрії розваг Нідерландів (“Stichting Brein”) проти Jack Frederik Wullems, який здійснює комерційну діяльність під найменуванням “Filmspeler”¹¹.

У даному Рішенні Суд справедливості Європейського Союзу роз’яснив, що концепція «публічного сповіщення» у розумінні ст. 3(1) Директиви «Про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» повинна тлумачитися таким чином, щоб охопити продаж мультимедійного плеєру, що містить заздалегідь встановлене програмне забезпечення (“pre-installed add-ons”), що уможливує здійснення гіперпосилань на вебресурси, які здійснюють поширення об’єктів авторського права і суміжних прав без отримання згоди від правовласника. Суд справедливості Європейського Союзу постановив, що продавець такого мультимедійного плеєру здійснює неправомірне публічне сповіщення.

Статтю 5(1) і (5) Директиви потрібно тлумачити таким чином, що акти тимчасового відтворення на мультимедійному плеєрі об’єктів авторського права і суміжних прав, отриманих шляхом потокової передачі (“streaming”) від вебресурсу, що належить третій особі, яка пропонує такі об’єкти без отримання згоди від правовласника, не відповідають умовам, викладеним у цій статті, а отже, така діяльність є неправомірною.

У Рішенні від 14 червня 2017 р. у справі C-610/15 Асоціації для захисту прав індустрії розваг Нідерландів (“Stichting Brein”) проти “Ziggo BV”, “XS4ALL Internet BV” Суд справедливості Європейського Союзу встановив, що концепція «публічного сповіщення» у розумінні ст. 3(1) Директиви «Про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» має інтерпретуватися таким чином, щоб охопити випадки доведення до загального відома публіки та управління платформи спільного

доступу (“sharing platform”) у мережі Інтернет, яка за допомогою індексації метаданих, пов’язаних з охоронюваними об’єктами авторського права і суміжних прав, і наданням інформаційно-пошукової системи, дозволяє користувачам такої платформи розмістити зазначені об’єкти і здійснити їхнє поширення шляхом з’єднання «точка у точку» (“peer-to-peer”). Суд справедливості Європейського Союзу постановив, що вказана діяльність платформи спільного доступу є неправомірною.

На думку певних експертів, окремі положення Директиви щодо Єдиного цифрового ринку, зокрема ст. 17 Директиви, можуть зумовити виникнення у майбутньому нових судових спорів, що будуть розглядатися в Суді справедливості Європейського Союзу.

Можна констатувати, що важливе значення для подальшої правозастосовної практики стосовно діяльності платформ спільного доступу до відео будуть мати Рішення Суду справедливості Європейського Союзу, як ті, що вже прийняті, так і ті, що будуть проголошені у майбутньому.

У чинному законодавстві України не використовуються терміни «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту», «провайдер платформи спільного доступу до відео», «послуга платформи спільного доступу до відео» тощо.

У проєкті Закону України «Про медіа», що був зареєстрований у Верховній Раді України 2 липня 2020 р. під № 2693-д, вперше в історії правового регулювання в Україні робиться спроба надати визначення поняттю «платформа спільного доступу до відео».

Відповідно до ст. 1 законопроекту, під платформою спільного доступу до відео слід розуміти тип платформи спільного доступу до інформації або її спеціально визначену функціонально відокремлену частину, що надає користувачам можливість перегляду, завантаження та зберігання аудіовізуальних програм та/або відео, створених користувачами.

Проєкт Закону України «Про медіа» також оперує терміном «платформа спільного доступу до інформації», який відсутній у Директиві щодо Єдиного цифрового ринку і Директиві про аудіовізуальні медіа-послуги. Термінологія проєкту Закону має враховувати положення обох вищезазначених Директив Європейського Союзу, а також Рекомендації Комісії Європейського Союзу стосовно практичного застосування критерію «основне функціональне призначення» визначення терміна «послуга платформи спільного доступу до відео» відповідно до Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги.

Законодавство України у частині охорони і захисту суміжних прав на програму організацій мовлення має відповідати нормам Директиви щодо Єдиного цифрового ринку, зокрема щодо правового регулювання діяльності провайдерів послуги з поширення онлайн-контенту.

Визначальний вплив на становлення практики правозастосування в Україні щодо діяльності провайдерів послуги з поширення онлайн-контенту будуть мати Рішення Суду справедливості Європейського Союзу.

¹ Directive (EU) 2019/789 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC i 2001/29/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

² Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities. – Official Journal of the European Union. – L 303/69. – 28 November 2018. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

³ Pay TV Databook. – Digital TV Research. – August 2020. URL: <https://www.digitaltvresearch.com/products/product?id=291>

⁴ Streamed Video Content Dominates Media and Entertainment Consumption According to the Brightcove Q2 2020 Global Video Index. – August 18, 2020. URL: <https://www.brightcove.com/en/company/press/streamed-video-content-dominates-media-and-entertainment-consumption-according-brightcove-q2>

⁵ Research: Covid accelerates shift from linear TV to OTT. – August 19, 2020. URL: <https://advanced-television.com/2020/08/19/research-covid-accelerates-shift-from-linear-tv-to-ott/>

⁶ Wayne Friedman. 5 Premium Ad-Supported Video Platforms Up 31% In Q2 Ad Revenues. – August 14, 2020. URL: <https://www.mediapost.com/publications/article/354755/five-premium-ad-supported-video-platforms-up-31-i.html>

⁷ Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code. – Official Journal of the European Union. – L 321/36. – 17 December 2018. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

⁸ Remy Chavannes, Dorien Verhulst. Regulation of Online Platforms in the European Union – The State of Play. – Legal Frontiers on Digital Media. – MLR Bulletin, Issue № 1. – May 2019.

⁹ Communication from the Commission “Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a ‘video-sharing platform service’ under the Audiovisual Media Services Directive” (2020/C 223/02). – Official Journal of the European Union. – C 223/5. – 7 July 2020. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

¹⁰ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. – Official Journal of the European Union. – L 167/10. – 22 June 2001. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

¹¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 26 April 2017 “Stichting Brein v Jack Frederik Wullems”. Request for a preliminary ruling from the Rechtbank Midden-Nederland. – Case C-527/15. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-527/15>

Резюме

Стройко І.А. Новели правового регулювання платформ спільного доступу до відео у контексті захисту суміжних прав на програму.

У статті автором досліджено взаємозв’язок терміна «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту» за Директивою Європейського Союзу про авторське право і суміжні права в рамках Єдиного цифрового ринку і терміна «провайдер платформи спільного доступу до відео» згідно з оновленою Директивою про аудіовізуальні медіа-послуги.

Наголошено, що характерною ознакою діяльності провайдера послуги з поширення онлайн-контенту є намір отримати прибуток як у прямій, так і опосередкованій формах.

Автором розкрито зміст поняття «програма», визначення якого надається у ст. 1 оновленої редакції Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги.

Досліджено особливості реалізації права на публічне сповіщення провайдером послуги з поширення онлайн-контенту відповідно до законодавства Європейського Союзу.

Здійснено порівняльний аналіз визначення поняття «платформа спільного доступу до відео», яке пропонує надати проект Закону України «Про медіа», з термінологією, що використовується у законодавстві Європейського Союзу.

Ключові слова: провайдер послуги з поширення онлайн-контенту, публічне сповіщення, послуга платформи спільного доступу до відео, провайдер платформи спільного доступу до відео, аудіовізуальний контент, розумне телебачення, програма, Суд справедливості Європейського Союзу.

Резюме

Стройко И.А. Новеллы правового регулирования платформ совместного доступа к видео в контексте защиты смежных прав на программу.

В статье автором исследована взаимосвязь термина «провайдер услуги по распространению онлайн-контента» согласно Директиве Европейского Союза об авторском праве и смежных правах в рамках Единого цифрового рынка и термина «провайдер платформы совместного доступа к видео» в соответствии с обновлённой Директивой об аудиовизуальных медиа-услугах.

Автор подчеркивает, что характерным признаком деятельности провайдера услуги по распространению онлайн-контента является намерение получить прибыль как в прямой, так и опосредованной формах.

Раскрыто содержание понятия «программа», определение которого предоставляется в ст. 1 обновленной редакции Директивы об аудиовизуальных медиа-услугах.

Исследованы особенности реализации права на публичное сообщение провайдером услуги по распространению онлайн-контента в соответствии с законодательством Европейского Союза.

Автор осуществляет сравнительный анализ определения понятия «платформа совместного доступа к видео», которое предлагает предоставить проект Закона Украины «О медиа», с терминологией, используемой в законодательстве Европейского Союза.

Ключевые слова: провайдер услуги по распространению онлайн-контенту, публичное сообщение, услуга платформы совместного доступа к видео, провайдер платформы совместного доступа к видео, аудиовизуальный контент, умное телевидение, программа, Суд справедливости Европейского Союза.

Summary

Iryna Stroyko. Novels of legal regulation of the video-sharing platforms in the context of the related rights in the programme.

In this Article the author reveals the interrelation of the term of the online content-sharing service provider under the EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market and term of video-sharing platform provider under the revised Audiovisual Media Services Directive (AVMSD).

Section (62) of the recitals of the Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market highlights that the definition of the online content sharing service provider should target only online services that play an important role on the online content market by competing with other online content services, such as online audio and video streaming services, for the same audiences.

The author emphasizes that the distinctive feature of the activities of the online content-sharing service provider should be the intent to make direct or indirect profit

Guidelines on video-sharing platforms under the revised AVMSD as issued by the European Commission on the 2nd of July 2020 stipulate for four (4) categories of indicators to be considered by the EU member states while assessing specific service as a video-sharing platform service:

- 1) the relationship between the audiovisual content and the main economic activity or activities of the service;
- 2) quantitative and qualitative relevance of the audiovisual content available on the service;
- 3) monetisation of the audiovisual content or revenue generation from such content;
- 4) the availability of tools aimed at enhancing the visibility or attractiveness of the audiovisual content.

In the author's opinion, the above mentioned indicators may be also taken into account for the purpose of qualification of the online content-sharing service provider under Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market.

The revised AVMSD provides for the new definition of the term "programme", according to which a set of objects of copyright and related rights may be chosen by a media service provider not only within a schedule (being characteristic for the traditional linear TV), but within a specific catalogue established by such provider (being an element of the non-linear TV, i.e. video-on-demand services).

The author discovers the peculiarities of realization of the act of communication to the public by the online content-sharing service provider under the legislation of the European Union.

She analyzes the judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU) with respect to the definition of right of communication to public in cases of sale of a multimedia player with pre-installed add-ons containing hyperlinks to illegal streaming websites and activities of peer-to-peer networks.

The author makes a comparison of the definition of video-sharing platform given under the draft Law of Ukraine "On Media" with the terminology used in the EU Directives. She highlights the necessity of harmonization of the current legislation of Ukraine to the requirements of the EU legislation regulating the activities of video-sharing platform providers.

Key words: online content sharing service provider, public Communication, video-sharing platform service, video-sharing platform provider, audiovisual content, smart TV, programme, Court of Justice of the European Union.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.63

УДК 349.41

Д.В. БУСУЙОК

*Діана Вікторівна Бусуйок, доктор юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-9701-9135

СУЧАСНИЙ СТАН РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВЧИХ ЗАСАД МЕДІАЦІЇ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ

Земельні спори можуть підлягати вирішенню за допомогою процедури медіації. Чинне земельне законодавство, зокрема Земельний кодекс України, не містить жодної заборони щодо медіації земельних спорів. Така можливість впливає з диспозитивного методу правого регулювання земельних відносин – дозволено все, що не заборонено законом.

Досі питання безпосереднього законодавчого регулювання медіації земельних спорів залишається відкритим. На сайті Верховної Ради України існує декілька проектів Закону України «Про медіацію». Один із законопроектів «Про медіацію» № 3665 від 17 грудня 2015 р. було прийнято в першому читанні, але у 2019 р. Верховна Рада України відхилила його, законопроект не було прийнято¹. 28 грудня 2019 р. в парламенті було зареєстровано урядовий законопроект «Про медіацію» № 2706². Проте цей законопроект відкликано 4 березня 2020 р.

Постає потреба дослідити останні законодавчі тенденції щодо врегулювання медіації земельних спорів, взявши за основу вищевикладені законопроекти. Якщо загальні положення щодо медіації більш детально прописані в урядовому законопроекті, то специфіка медіації – у законопроекті 2015 р.

Відповідно до законопроектів медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), у тому числі земельних. Законодавством можуть бути передбачені особливості застосування медіації в окремих категоріях конфліктів (спорів).

Медіація може проводитися як до звернення до суду, третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу, так і під час судового, третейського чи арбітражного провадження або під час виконання рішення суду, третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу.

Медіація не застосовується у спорах (конфліктах), якщо такі спори (конфлікти) впливають чи можуть вплинути на права і законні інтереси третіх осіб, які не беруть участі в медіації, та в інших випадках, передбачених законом.

Медіація полягатиме в добровільній, позасудовій, конфіденційній, структурованій процедурі, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагатимуться врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів.

Процедуру медіації буде проводити медіатор – незалежна, нейтральна, неупереджена фізична особа, і вона не має повноважень щодо прийняття рішення по суті конфлікту (спору).

Скористатися процедурою медіації зможуть фізичні, юридичні особи або групи осіб, які звернуться до медіатора (медіаторів) чи організації, що буде забезпечувати проведення медіації, з метою врегулювання конфлікту (спору) між ними за допомогою медіації.

Медіація має проводитися за взаємною згодою сторін медіації на підставі принципів добровільної участі; активності, самовизначення та рівності прав сторін медіації; незалежності та неупередженості, нейтральності медіатора; конфіденційності інформації щодо медіації.

Участь у медіації є добровільною. Нікого не можна примушувати до врегулювання конфлікту (спору) шляхом проведення медіації. Сторони мають право здійснювати процедуру медіації на свій розсуд у межах вимог, встановлених до процедури медіації, припинити її в будь-який час і звернутися до суду або третейського суду за захистом порушених прав. Принцип добровільної участі у медіації поширюється на всіх учасників медіації. Участь особи в медіації не може вважатися визнанням такою особою своєї вини, позовних

© Д.В. Бусуйок, 2020

* *Diana Busuiok, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

вимог або відмовою від цих вимог. Визначене законом обов'язкове проведення інформаційної зустрічі сторін з медіатором не є обмеженням принципу добровільної участі у медіації.

Щодо активності, самовизначення та рівності прав сторін медіації, то сторони медіації самостійно обирають медіатора або медіаторів. Сторони медіації самостійно визначають коло обговорюваних питань, варіанти врегулювання конфлікту (спору) між ними, зміст угоди за результатами медіації, строки та способи її виконання, інші питання щодо конфлікту (спору) та процедури медіації з урахуванням рекомендацій медіатора та інших учасників медіації. Остаточні рішення приймаються виключно сторонами медіації. Якщо стороною медіації є малолітня або неповнолітня особа, вона приймає рішення з дотриманням вимог законодавства з урахуванням обсягу її дієздатності. Якщо стороною медіації є особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вона приймає рішення з дотриманням вимог законодавства з урахуванням обсягу її дієздатності.

Під час медіації медіатор має бути незалежним від сторін медіації, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових та службових осіб, інших фізичних і юридичних осіб. Втручання органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових та службових осіб, будь-яких інших фізичних і юридичних осіб у діяльність медіатора під час підготовки та проведення медіації забороняється. Медіатором не може бути захисник, представник, законний представник сторони медіації. Особа не може бути захисником та/або представником сторони медіації у справі (провадженні), в якій вона надавала або надає послуги медіатора. За письмовою згодою всіх сторін адвокат, який був захисником або представником однієї із сторін, може брати участь у медіації в якості медіатора, за умови його відмови від подальшого представництва або захисту будь-якої сторони у цій справі незалежно від результатів медіації, крім участі у провадженні щодо укладення мирової угоди у суді.

Медіатор має бути нейтральною, неупередженою особою, яка допомагає сторонам конфлікту (спору) здійснити комунікацію, досягти порозуміння та проводити переговори. Медіатор має право надавати сторонам медіації консультації та рекомендації виключно щодо порядку проведення медіації та фіксування її результатів. Медіатор не має права вирішувати конфлікт (спір) між сторонами медіації або надавати рекомендації щодо його врегулювання. Медіатор не може проводити медіацію у разі суперечності між особистими інтересами медіатора та його правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на його незалежність, неупередженість та нейтральність під час виконання ним своїх обов'язків, а також на вчинення чи невчинення дій під час медіації.

Інформація, що стала відома під час медіації, є конфіденційною, крім випадків, передбачених законодавством України, а також коли сторони медіації домовилися у письмовій формі про інше. Конфіденційною є інформація, зокрема, про пропозицію та готовність учасників конфлікту (спору) до участі у медіації, факти та обставини, що стали відомі під час медіації, висловлені судження та пропозиції сторін медіації щодо врегулювання конфлікту (спору), зміст угоди за результатами медіації. Жодна із сторін медіації, медіатор, а також особи, залучені до організації процесу медіації, не мають права розголошувати інформацію, що стала їм відома під час медіації, без письмової згоди сторін медіації. За розголошення без письмової згоди сторін медіації інформації, що стала їм відома під час медіації, особи, зазначені в частині другій цієї статті, несуть відповідальність, передбачену законом або договором.

Щодо правового статусу медіатора, то медіатором може бути фізична особа, яка досягла 30 років, має вищу освіту та пройшла спеціальну підготовку у сфері медіації в Україні або за її межами. Спеціальна підготовка у сфері медіації має становити не менш як 90 академічних годин початкового навчання, у тому числі не менше 45 академічних годин навчання практичним навчанням.

Спеціальну підготовку у сфері медіації здійснюють юридичні особи будь-якої форми власності та організаційно-правової форми, у тому числі навчальні заклади, одним із видів діяльності яких є діяльність з професійного спеціального навчання медіаторів.

Наявність спеціальної підготовки медіатора засвідчується дипломом, сертифікатом, свідоцтвом або іншим документом, виданим на ім'я медіатора, що має містити інформацію про обсяг (кількість годин) навчання у сфері медіації, період навчання, найменування юридичної особи, передбаченої абзацом другим цієї частини.

Медіатором не може бути особа: 1) визнана судом недієздатною або обмежено дієздатною; 2) яка має судимість, не погашену або не зняту у встановленому законом порядку; 3) звільнена з посади судді, прокурора, слідчого, з державної служби або із служби в органах місцевого самоврядування за порушення присяги, вчинення корупційного правопорушення; 4) уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; 5) яка є державним або приватним виконавцем.

Медіатор має право: 1) самостійно визначати методику проведення медіації за умов дотримання законодавства про медіацію та міжнародно визнаних етичних норм медіації; 2) отримувати інформацію про конфлікт (спір), до допомоги у врегулюванні якого його запрошено, від сторін конфлікту (спору) в обсязі, необхідному та достатньому для проведення медіації; 3) відмовитися від проведення медіації з етичних або особистих міркувань; 4) на відшкодування витрат, здійснених для підготовки і проведення медіації, у розмірі та формі, передбачених договором про проведення медіації; 5) провадити свою діяльність на оплатній чи безоплатній основі, індивідуально або спільно з іншими медіаторами, створювати юридичні особи, об'єднання медіаторів, працювати за наймом та здійснювати підприємницьку діяльність; 6) збирати та поширювати знеособлену інформацію про кількість, тривалість та результативність проведених ним медіацій; 7) мати інші права, передбачені законом.

Медіатор зобов'язаний: 1) виконувати свої обов'язки відповідно до Закону, дотримуватися правил професійної етики; 2) зберігати в таємниці відомості, одержані ним у зв'язку з проведенням медіації; 3) повідомити сторони медіації про конфлікт інтересів або інші обставини, що унеможливають його участь у медіації; 4) поінформувати сторони медіації про порядок проведення та правові наслідки медіації; 5) керувати

процедурою медіації; 6) постійно підвищувати свій професійний рівень; 7) перевірити повноваження захисників, представників та/або законних представників сторін медіації; 8) не затягувати проведення медіації без поважних причин; 9) за потреби звернути увагу сторін медіації на можливість отримання консультацій у відповідних спеціалістів (експертів), зокрема з правових питань, пов'язаних з медіацією, складанням угоди за результатами медіації та її реалізацією; 10) виконувати інші обов'язки, передбачені законом.

Медіатор несе відповідальність за порушення вимог Закону в порядку, передбаченому законодавством. У разі порушення медіатором зобов'язань за договором про проведення медіації він несе цивільно-правову відповідальність відповідно до умов цього договору та законодавства. Медіатор, який є членом об'єднань медіаторів, несе відповідальність, визначену їхніми статутами та/або положеннями.

Об'єднання медіаторів ведуть реєстри медіаторів – членів цих об'єднань та розміщують їх на своїх веб-сайтах. Об'єднання медіаторів зобов'язані надсилати Верховному Суду відомості своїх реєстрів для оприлюднення їх на офіційному вебсайті Верховного Суду. Верховний Суд публікує узагальнені списки медіаторів України, використовуючи дані, що містяться у реєстрах об'єднань медіаторів, з метою надання можливості споживачам послуг медіації обирати медіатора для конкретної справи.

До реєстру медіаторів вноситься така інформація: прізвище, ім'я, по батькові медіатора, рік народження, освіта, спеціальна підготовка з медіації, організація, яка здійснювала спеціальну підготовку з медіації, кількість годин підготовки, отримана спеціалізація (за наявності), інша інформація, що допомагає сторонам обрати медіатора для конкретної справи, із дотриманням вимог законодавства щодо захисту персональних даних.

Щодо процедури медіації, то медіаційне застереження – це положення цивільно-правового, господарсько-правового, трудового, шлюбного або іншого договору про звернення до процедури медіації у разі виникнення між його сторонами конфлікту (спору) з приводу правовідносин, врегульованих таким договором. Сторони договору мають право внести медіаційне застереження до договору, що не є перешкодою для звернення до суду.

Медіація починається з моменту підписання сторонами медіації договору про її проведення. Медіація проводиться під керівництвом медіатора (медіаторів) з дотриманням вимог законодавства та етичних норм медіації.

Припинення медіації оформлюється: 1) укладенням сторонами медіації угоди за результатами медіації; 2) складанням медіатором звіту про проведення медіації: якщо угоду за результатами медіації не укладено; у разі відмови хоча б однієї зі сторін медіації або медіатора (медіаторів) від медіації; у разі смерті фізичної особи, яка є стороною медіації, або ліквідації юридичної особи, яка є стороною медіації; в інших випадках, що унеможливають проведення процедури медіації.

Договір про проведення медіації укладається у письмовій формі між медіатором (медіаторами) і сторонами конфлікту (спору). У договорі про проведення медіації зазначаються: 1) відомості про медіатора (медіаторів) та сторони медіації; 2) строки та місце проведення медіації; 3) інформація про предмет конфлікту (спору); 4) порядок, розмір та форма відшкодування витрат на підготовку й проведення медіації та винагорода медіатора (медіаторів); 5) умови конфіденційності інформації щодо медіації; 6) відповідальність медіатора (медіаторів) та сторін медіації за порушення умов договору; 7) порядок та підстави припинення медіації; 8) інші умови, визначені медіатором (медіаторами) та сторонами медіації.

Сторони медіації мають право: 1) за взаємною згодою обирати медіатора (медіаторів); 2) відмовитися від послуг медіатора та обрати іншого медіатора; 3) у будь-який момент відмовитися від участі в медіації; 4) брати участь у проведенні медіації; 5) користуватися допомогою перекладача, експерта та інших осіб, визначених за домовленістю сторін медіації; 6) у разі невиконання чи неналежного виконання угоди за результатами медіації звернутися до суду у встановленому законодавством порядку.

Сторони медіації зобов'язані: 1) дотримуватися вимог законодавства та договору про проведення медіації; 2) виконувати угоду за результатами медіації в порядку і строки, встановлені цією угодою.

Угода за результатами медіації укладається у письмовій формі та підписується сторонами медіації. Угода за результатами медіації має містити спільне рішення сторін медіації про врегулювання конфлікту (спору) та є обов'язковою для виконання сторонами.

У разі невиконання однією зі сторін медіації взятих на себе зобов'язань за цією угодою інша сторона медіації має право звернутися до суду у встановленому законодавством порядку.

Медіація може проводитися у разі виникнення конфлікту (спору) як до звернення до суду, так і під час судового провадження. Суди на будь-якій стадії судового процесу можуть рекомендувати сторонам у справі звернутися до процедури медіації для вирішення спору в позасудовому порядку. Угода за результатами медіації або окремі її положення може затверджуватися судом в установленому законодавством порядку.

Таким чином, правові засади інституту медіації, в тому числі медіації земельних спорів, залишаються досі невизначеними, що у свою чергу гальмує розвиток медіації та її застосування під час вирішення земельних спорів.

На підставі проведеного аналізу двох законопроектів вважаємо за доцільне зазначити, що до заходів, які, на нашу думку, будуть сприяти впровадженню медіації під час вирішення земельних спорів, доцільно віднести в першу чергу популяризацію медіації як позасудового способу вирішення земельних спорів та безпосереднє їх вирішення із застосуванням процедури медіації. Поки вирішення земельних спорів за допомогою медіації залишається теоретичною конструкцією. Вирішення земельних спорів за допомогою процедури медіації дасть змогу визначити найкращий спосіб правого регулювання цих земельних відносин. Без практичного застосування медіації під час вирішення земельних спорів залишається лише передбачати можливі правові механізми правого регулювання цих суспільних відносин. Останні можуть бути із суттєвими недоліками, виявити які стане можливим лише на практиці.

Жоден із запропонованих законопроектів не включає до переліку спорів, які можуть вирішуватися за допомогою медіації, саме земельні спори, проте згідно з чинним земельним законодавством, зокрема Земельним кодексом України, існують випадки, коли такий спосіб вирішення земельних спорів має право на існування, наприклад, у випадку вирішення спорів щодо земельних сервітутів.

Спірним уявляється вимога щодо звернення до суду у разі невиконання зобов'язань за угодою за результатами медіації. Це суперечить самій природі медіації, яка має здійснюватися на засадах добровільної участі у процедурі медіації, а сторони самі мають визначитися щодо варіантів врегулювання спору. Ця вимога суперечить природі медіації.

Вважаємо за потрібне, щоб ці положення щодо медіації земельних спорів були враховані при подальшій роботі над можливим законопроектом «Про медіацію».

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: 30.06.2020).

² Проект Закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019 р. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831 (дата звернення: 30.06.2020).

Резюме

Бусуйок Д.В. Сучасний стан розвитку законодавчих засад медіації земельних спорів.

У статті проведено дослідження наявних законопроектів про медіацію та визначено шляхи удосконалення законодавчого врегулювання медіації земельних спорів. Якщо загальні положення про медіацію більш детально прописані в урядовому законопроекті, то специфіка медіації – у законопроекті 2015 р.

На підставі проведеного аналізу двох законопроектів вважаємо за доцільне зазначити, що до заходів, які, на нашу думку, будуть сприяти впровадженню медіації під час вирішення земельних спорів, доцільно віднести в першу чергу популяризацію медіації як позасудового способу вирішення земельних спорів та безпосереднє їх вирішення із застосуванням процедури медіації. Поки вирішення земельних спорів за допомогою медіації залишається теоретичною конструкцією. Вирішення земельних спорів за допомогою процедури медіації дасть змогу визначити найкращий спосіб правового регулювання цих земельних відносин. Без практичного застосування медіації під час вирішення земельних спорів залишається лише передбачати можливі правові механізми правового регулювання цих суспільних відносин. Останні можуть бути із суттєвими недоліками, виявити які стане можливим лише на практиці.

Ключові слова: медіація земельних спорів, медіація, медіатор, принципи медіації, процедура медіації, договір про проведення медіації, угода за результатами медіації.

Резюме

Бусуйок Д.В. Современное состояние развития законодательных основ медиации земельных споров.

В статье проведено исследование имеющихся законопроектов о медиации и определены пути усовершенствования законодательного регулирования медиации земельных споров. Если общие положения про медиацию более подробно прописаны в правительственном законопроекте, то специфика медиации – в законопроекте 2015 г.

На основании проведённого анализа двух законопроектов считаем целесообразным отметить, что к мерам, которые, по нашему мнению, будут способствовать внедрению медиации при разрешении земельных споров, целесообразно отнести в первую очередь популяризацию медиации как внесудебного способа решения земельных споров и непосредственное их решение с применением процедуры медиации. Пока решение земельных споров с помощью медиации остаётся теоретической конструкцией. Решение земельных споров с помощью процедуры медиации позволит определить наилучший способ правового регулирования этих земельных отношений. Без практического применения медиации при разрешении земельных споров остаётся только предполагать возможные правовые механизмы правового регулирования этих общественных отношений. Последние могут быть с существенными недостатками, выявить которые станет возможным только на практике.

Ключевые слова: медиация земельных споров, медиация, медиатор, принципы медиации, процедура медиации, договор о проведении медиации, соглашение по результатам медиации.

Summary

Diana Busuiok. The current state of development of legislative bases mediation of land disputes.

The article examines the existing drafts of the Law of Ukraine “On Mediation” and defines how to improve them according to resolution of land disputes in the order of mediation.

Land disputes can be resolved through a mediation procedure. The current land legislation, in particular the Land Code of Ukraine, does not contain any prohibition on mediation of land disputes. This possibility follows from the dispositive method of legal regulation of land relations – everything is allowed that is not prohibited by law.

At the same time, the issue of direct legislative settlement of land dispute mediation still remains open. There are several drafts of the Law of Ukraine «On Mediation» on the website of the Verkhovna Rada of Ukraine. One of the draft laws «On Mediation» № 3665 of December 17, 2015 was adopted in the first reading, but in 2019 the Verkhovna Rada of Ukraine rejected it – the bill was not adopted. On December 28, 2019, the government bill «On Mediation» № 2706 was registered in the Parliament. However, this bill was withdrawn on March 4, 2020.

There is a need to investigate the latest legislative trends in the settlement of land dispute mediation, based on the above bills. If the general provisions are spelled out in more detail in the government bill, the specifics are in the 2015 bill.

Based on the analysis of the two bills, we consider it appropriate to note that the measures that we believe will facilitate the introduction of mediation in resolving land disputes should include the promotion of mediation as an out-of-court settlement of land disputes and their direct resolution through mediation. So far, the resolution of land disputes through mediation remains a theoretical construction. Resolving land disputes through a mediation procedure will determine the best way to regulate these land relations. Without the practical application of mediation in resolving land disputes, it remains only to envisage possible legal mechanisms for the legal regulation of these social relations. The latter may have significant shortcomings, which will be possible to identify only in practice.

None of the proposed bills includes land disputes in the list of disputes that can be resolved through mediation, but according to current land legislation, in particular the Land Code of Ukraine, there are cases when such a method of resolving land disputes has a right to exist, in particular in disputes land easements.

The requirement to go to court in case of non-fulfillment of obligations under the agreement as a result of mediation is controversial. This is contrary to the very nature of mediation, which should be carried out on the basis of voluntary participation in the mediation procedure, and the parties themselves should decide on options for resolving the dispute. This requirement is contrary to the nature of mediation.

We consider it necessary that these provisions on land mediation be taken into account in further work on possible draft laws on mediation.

Key words: land dispute mediation, mediation, mediator, principles of mediation, mediation procedure, mediation agreement, agreement on the results of mediation.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.64

УДК 349.6 (477)

А.С. ЄВСТІГНЄЄВ

*Андрій Сергійович Євстїгнєєв, доктор юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-6994-1069

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЖЕЖНОЇ БЕЗПЕКИ В ЛІСАХ УКРАЇНИ ЯК СКЛАДОВОЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ

Постановка проблеми. Ліси як унікальні природні комплекси відіграють напрочуд важливу роль у забезпеченні права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля. Екологічна функція лісу – це надзвичайно важлива складова екосистеми. Ліс комплексно впливає на довкілля, стабілізуючи чимало показників, зокрема, регулює циркуляцію води та повітря, рівень опадів, виділення кисню, температуру повітря, глобальний та мікроклімат, зв'язує вуглекислоту, запобігає ерозії ґрунтів, захищає дороги, має шумоізоляційну дію, очищує повітря тощо. Завдяки лісу покращуються умови для сільськогосподарської діяльності та зберігається біорізноманіття¹.

При цьому в окремих випадках можна говорити про екологію лісу як спосіб підтримувати здоров'я та навіть лікуватися. Саме через це біля лісу чи навіть безпосередньо у ньому часто будують лікарні, оздоровчі заклади, рекреаційні комплекси тощо, адже лісова екосистема позитивно впливає на стан дихальних шляхів, нервову систему та здоров'я загалом². Враховуючи важливість екологічної функції лісів, напрочуд важливо забезпечити їх збереження та стале відтворення.

Однією з найбільших загроз для українських лісів останнім часом є масштабні пожежі, викликані як глобальними змінами клімату (внаслідок яких суттєво зневоднені природні екосистеми), так і «людським фактором» у формі умисних та необережних підпалів. У цьому контексті слід також враховувати наявність на території України значних площ радіоактивно забруднених лісів, що знаходяться у так званій зоні відчуження Чорнобильської АЕС та поблизу неї, пожежі в яких, окрім власне знищення лісової флори і фауни, небезпечні ще й поширенням радіації.

Враховуючи вищевказане, за умови належного забезпечення пожежної безпеки в лісах (наслідком чого є відсутність пожеж або оперативне їх припинення) забезпечуватиметься екологічна безпека, адже екологічний ризик пожежі (ймовірність заподіяння внаслідок їх виникнення шкоди здоров'ю або життю людей як внаслідок забруднення навколишнього середовища (передусім атмосферного повітря) шкідливими речовинами, так і через набуття довкіллям небезпечних для зазначених благ властивостей) існуватиме на прийнятному рівні. У свою чергу, названий екологічний ризик є одним із багатьох екологічних ризиків, які мають місце при здійсненні лісокористування. З таких позицій, на нашу думку, пожежну безпеку в лісах можна розглядати складовою екологічної безпеки, правове регулювання забезпечення якої викликає як теоретичний, так і практичний інтереси.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід звернути увагу, що різні аспекти правового забезпечення екологічної безпеки досліджуються вченими – представниками вітчизняної науки екологічного права, серед яких В.І. Андрейцев, Г.В. Анісімова, Г.І. Балюк, Ю.Л. Власенко, А.П. Гетьман, Т.Г. Ковальчук, М.В. Краснова, Ю.А. Краснова, Н.Р. Малишева, Е.В. Позняк, О.В. Сушик, О.А. Шомпол, Ю.С. Шемшученко та ін.

Водночас спеціальні правові дослідження сучасного стану правового забезпечення пожежної безпеки в лісах як складової екологічної безпеки у науці екологічного права не здійснювались, що обумовлює актуальність проведеного в цій статті дослідження.

Метою статті є проведення аналізу правового забезпечення пожежної безпеки в лісах як складової екологічної безпеки та формулювання за наслідками такого аналізу окремих пропозицій щодо удосконалення вказаного забезпечення.

© А.С. Євстїгнєєв, 2020

* *Andrii Yevstihnieiev, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Виклад основного матеріалу. Загальна характеристика лісових пожеж в Україні навесні 2020 р. Весною 2020 р. на півночі України, у Житомирській та Київській областях, виникли масштабні лісові пожежі, що знищили тисячі гектарів лісових екосистем, включно із об'єктами флори та фауни. Зокрема, за офіційними даними станом на 9 квітня, силами Державної служби України з надзвичайних ситуацій (далі – ДСНС) надавалась допомога підрозділам лісової охорони зони відчуження щодо гасіння окремих осередків пожеж із залученням техніки та авіації³.

Протягом наступного тижня масштаби і інтенсивність пожеж зростали, окрім зони відчуження значні площі лісів були охоплені вогнем на півночі Житомирщини. 17 квітня внаслідок лісових пожеж на півночі Житомирської області було знищено десятки людських домівок та охоплено вогнем близько 4 тисяч гектарів лісу. За повідомленням голови Житомирської обласної державної адміністрації В. Бунечка, внаслідок розповсюдження вогню серед лісових масивів знищено та пошкоджено 43 нежилых і 38 жилих будинків, найбільшої шкоди завдано селам Нижня Рудня, Острови, Магдин та Личмани, було евакуйовано близько 50 місцевих жителів, для ліквідації пожеж використовувалась авіація ДСНС – 3 літаки АН-32П та спеціальна військова техніка ЗСУ – «БАТ-2»⁴, яка, за повідомленням заступника міністра внутрішніх справ України А. Геращенко, була залучена внаслідок звернення керівника ДСНС до керівництва Генерального штабу Збройних Сил України, в тому числі для забезпечення проїзду пожежної техніки у лісових масивах⁵.

Приблизно в той же час вогонь у зоні відчуження наблизився до території сховища радіоактивних відходів «Підлісний», що знаходиться поруч із Чорнобильською АЕС⁶, що суттєво посилює рівень небезпеки пожежі.

Внаслідок масштабних пожеж істотно зріс рівень забруднення атмосферного повітря продуктами горіння, а станом на 16 та 17 квітня Київ за цим показником очолював рейтинг найбільш забруднених міст світу за версією авторитетного ресурсу IQ AIR. Зокрема, ввечері 16 квітня рівень забруднення становив «380» («дуже небезпечно»), тоді як у наступного у рейтингу міста (Ченду, КНР) цей показник становив був меншим більш, ніж удвічі – «176»⁷. Ввечері 17 квітня цей же показник у столиці України становив «324»⁸. Внаслідок зазначеного управління з питань цивільного захисту Київської міської державної адміністрації рекомендувало мешканцям та гостям столиці зачинити вікна у домівках і не виходити на вулицю⁹ через небезпеку завдання шкоди здоров'ю.

За повідомленнями міністра внутрішніх справ України А. Авакова, рятувальники «були зайняті» гасінням тліючих торфовищ у зоні відчуження також наприкінці квітня, хоча джерела вогню вже були ліквідовані¹⁰.

Характеристика нормативно-правового забезпечення пожежної безпеки в лісах. Основним нормативно-правовим актом у відповідній сфері законодавчого рівня є Кодекс цивільного захисту України¹¹ (далі – КЦЗ України), глава 13 якого безпосередньо стосується основних правових засад забезпечення пожежної безпеки.

Частиною 1 ст. 58 КЦЗ України передбачено створення пожежної охорони з метою захисту життя і здоров'я громадян, приватної, колективної та державної власності від пожеж, підтримання належного рівня пожежної безпеки на підприємствах, установах, організаціях і в населених пунктах. При цьому, відповідно до ст. 59 КЦЗ України, зазначена охорона поділяється на державну, відомчу, місцеву та добровільну.

Крім того, ст. 33 КЦЗ України визначено, що при виникненні загрози масових лісових і торф'яних пожеж має проводитись обов'язкова евакуація населення, порядок організації і здійснення якої на підзаконному рівні регламентовано Порядком проведення евакуації у разі загрози виникнення або виникнення надзвичайних ситуацій, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 30 жовтня 2013 р. № 841¹². Фактично, це чи не єдине положення КЦЗ України, в якому безпосередньо згадуються лісові пожежі, жодних конкретних особливостей запобігання і реагування на них цей законодавчий акт не містить.

Важливо зазначити, що, як свідчить практика останніх років, основну участь у гасінні лісових пожеж беруть відповідні підрозділи державної пожежної охорони, що створені і функціонують в структурі Державної служби України з надзвичайних ситуацій (далі – ДСНС), а також підрозділи відомчої пожежної охорони. Перелік суб'єктів господарювання, в яких створюється відомча пожежна охорона, визначено постановою Кабінету Міністрів України від 5 червня 2013 р. № 397¹³, серед яких вказано підприємства, установи, організації, віднесені до сфери управління Державного агентства лісових ресурсів України (далі – Держлісагентство).

Достатньо деталізовано питання забезпечення пожежної безпеки в лісах унормоване на рівні Правил пожежної безпеки в лісах України, затверджених наказом Держкомлісгоспу України від 27 грудня 2004 р. № 278¹⁴ (далі – Правила).

Зокрема, п.п. 2.2. і 2.3. Правил передбачено, для координації та вдосконалення роботи, пов'язаної із забезпеченням пожежної безпеки у лісовому фонді, контролю за її проведенням, у Держкомлісгоспі України створюється служба пожежної безпеки, при цьому зазначене забезпечення в межах лісового фонду є складовою частиною службових обов'язків посадових осіб лісокористувачів всіх рівнів.

Відповідно до п. 2.5. Правил у кожному лісогосподарському підприємстві розпорядженням керівника повинні бути визначені:

- порядок проходження посадовими особами навчання і перевірки знань з питань пожежної безпеки в лісі, проведення з працівниками інструктажів та занять з виявлення і ліквідації лісових пожеж, а також відповідальні за їх проведення;

- дії посадових осіб лісової охорони, пожежних команд лісових пожежних станцій (далі – ЛПС), чергових з охорони лісу від пожеж, спостерігачів-пожежників (сезонних), резервних пожежних команд з робітників і службовців лісогосподарського підприємства, резервних пожежних команд підприємств, установ і організацій, що розташовані, мають об'єкти або проводять роботи в лісі, служби зв'язку у разі виявлення і розповсюдження лісової пожежі, а також переходу її в стан із непередбаченими наслідками;

- порядок скликання членів добровільної пожежної дружини та відповідальними посадових осіб у разі виникнення лісових пожеж, виклику вночі, у вихідні і святкові дні; працівники лісогосподарського підпри-

ємства мають бути ознайомлені з цими вимогами на інструктажах, під час проходження пожежно-технічного мінімуму.

У силу положень п. 5.1.2. Правил управління силами і засобами пожежогасіння виконує керівник гасіння лісової пожежі, яким є старша посадова особа лісової охорони (майстер лісу, начальник ЛПС тощо), яка першою прибула на гасіння пожежі, а при участі в гасінні представників декількох лісництв – старша посадова особа лісгосподарського підприємства.

Важливо зазначити, що в Правилах відсутні положення, які б стосувались взаємодії в процесі попередження та гасіння лісових пожеж пожежних підрозділів зі сфери управління Держлісагентства та відповідних підрозділів ДСНС. Основна роль у вказаному попередженні та гасінні відведена ЛПС, положення про які затверджено наказом Державного комітету лісового господарства України від 28 грудня 2005 р. № 526¹⁵ (далі – Положення про ЛПС).

Пунктом 1.2. Положення про ЛПС передбачено, що вони створюються з метою запобігання, виявлення та гасіння лісових пожеж, здійснення контролю за додержанням Правил, проведення роз'яснювальної роботи серед населення тощо, тобто ЛПС уповноважені виконувати також і превентивно-роз'яснювальну діяльність, що суттєво підсилює їх значення у питанні попередження лісових пожеж. Пунктами 1.3., 1.4. вказаного у попередньому реченні положення встановлено, що створення ЛПС та організація їх діяльності покладаються на постійних лісокористувачів, а для комплектування команд ЛПС зазначеними лісокористувачами створюються добровільні пожежні дружини. Залежно від класу природної пожежної небезпеки лісових масивів, лісорослинної зони, структури лісового фонду (типологічної, вікової тощо) і забезпеченості шляхами створюються ЛПС двох типів:

– першого типу (ЛПС-1) – на базі лісництв з метою забезпечення оперативного виявлення і ліквідації лісових пожеж у зоні діяльності (обслуговування) на початковій стадії та гасіння спільно із ЛПС другого типу великих лісових пожеж;

– другого типу (ЛПС-2) – переважно на центральних садибах постійних лісокористувачів, з більшою кількістю сил і засобів пожежогасіння для забезпечення швидкої ліквідації лісових пожеж у зоні діяльності (обслуговування) та великих лісових пожеж поза її межами; надання допомоги, у разі потреби, іншим лісокористувачам (п. 3.3. Положення про ЛПС).

У п. 6.1. Положення про ЛПС визначено рекомендований перелік їх оснащення, який видається очевидно недостатнім. Зокрема, для ЛПС-1 рекомендується мати в наявності один пожежний автомобіль (або цистерну, пожежний всюдихід чи лісовий пожежний агрегат), а для ЛПС-2 усього лише дві одиниці такої техніки – найбільш ефективного з-поміж інших, вказаних у такому переліку, засобів пожежогасіння. Крім того, у зазначеному переліку відсутні сучасні пристрої моніторингу та розвідки лісових пожеж, як-от безпілотні літаючі апарати.

Отже, чинне законодавство детально регламентує діяльність відомчої пожежної охорони сфери управління центрального органу виконавчої влади з питань реалізації державної політики у сфері лісового та мисливського господарства, тоді як діяльності підрозділів пожежної охорони ДСНС приділено замало уваги. Така ситуація має місце не зважаючи на те, що навіть за нормативними приписами вказані відомчі підрозділи матеріально-технічно та організаційно (в тому числі – кількісно) суттєво поступаються зазначеним підрозділам системи ДСНС.

Недостатність забезпечення передусім підрозділів відповідної відомчої пожежної охорони, а також низький рівень організації взаємодії їх та підрозділів державної пожежної охорони ДСНС називаються в якості причин тривалого та недостатньо ефективного гасіння лісових пожеж на півночі України навесні 2020 р.¹⁶

Висновки. За наслідками аналізу нормативно-правових актів та основних проблем, що виникли при гасінні пожеж у Київській та Житомирській областях навесні 2020 р., вважаємо доцільним виділити такі основні недоліки нормативно-правового регулювання забезпечення пожежної безпеки в лісах України та шляхи їх усунення:

– відсутність чітких положень щодо координації і субординації пожежних підрозділів різної відомчої належності при ліквідації лісових пожеж. У зв'язку із чим бажано детально регламентувати порядок взаємодії зазначених підрозділів сфери управління ДСНС та Держлісагентства. Доцільно також запровадити норми щодо субординації між такими підрозділами на час гасіння лісових пожеж, надавши управлінські повноваження більш професійно підготованим особам (ймовірно, такими особами є посадові особи пожежно-рятувальних підрозділів ДСНС);

– відсутність чітких положень щодо координації пожежних підрозділів та інших центральних органів виконавчої влади в частині залучення їх техніки для ліквідації лісових пожеж. Так, доцільно нормативно встановити обов'язок, зокрема, відповідних органів управління Збройних Сил України негайно надавати для гасіння лісових пожеж відповідну спеціальну техніку з підготованими екіпажами, забезпечувати доставку її до місця гасіння із підпорядкуванням органу (посадовій особі), що керує таким гасінням, на час участі у такому гасінні. Досвід в українських лісах навесні 2020 р. довів важливість оперативного вирішення питання щодо залучення важкої військової інженерної техніки для відповідних потреб¹⁷.

¹ Основні функції лісу та їхній вплив на життя людей. URL: <https://druzilisua.lviv.ua/a/f9af07140678/osnovni-funktsiyi-lisu-ta-yikhnij-vplyv-na-zhyttja-ljudej>

² Там само.

³ Відбувся онлайн-брифінг представників ДСНС та МВС щодо ситуації із пожежами у природних екосистемах країни (ВІДЕО). URL: <https://www.dsns.gov.ua/ua/Ostanni-novini/107097.html>

⁴ Лісові пожежі у Житомирській області знищили і пошкодили 81 будівлю, майже половина – жилі хати. URL: https://www.zhitomir.info/news_191553.html

⁵ Голова ДСНС попросив Генштаб ЗСУ задіяти важку військову інженерну техніку для допомоги в гасінні лісових пожеж на Житомирщині – Геращенко. URL: <https://ua.interfax.com.ua/news/general/655782.html>

⁶ Лісові пожежі в чорнобильській зоні: вогонь наблизився до сховища радіаційних відходів: URL: <https://tsn.ua/ukrayina/lisovi-pozhezhi-v-chornobilskiy-zoni-vogon-nablizivsvya-do-shovischa-radiaciynih-vidhodiv-1527264.html>

⁷ Київ очолив світовий рейтинг міст з найбільшим забрудненням атмосфери. URL: <https://glavcom.ua/news/kijiv-ocholiv-svitoviy-reyting-mist-z-naybilshim-zabrudnenniam-atmosferi-673902.html>

⁸ Київ знову очолив антирейтинг міст світу із найбільш забрудненим повітрям. URL: https://zik.ua/news/ludyna/kyiv_znovu_ocholuv_antyreitynh_mist_svitu_iz_naybilsh_zabrudnenym_povitriam_965912

⁹ У Києві у повітрі зафіксовані продукти горіння – фахівці просять зачинити вікна та не виходити на вулицю. URL: https://kyivcity.gov.ua/news/u_kiyevi_u_povitri_zafiksovani_produkty_gorinnya_fakhivtsi_prosyat_zachiniti_vikna_ta_ne_vikhoditi_na_vulitsyu/

¹⁰ У Чорнобильській зоні ліквідували всі джерела вогню – Аваков. URL: <https://www.slovoidilo.ua/2020/04/26/novyna/suspilstvo/chornobylskiy-zoni-likviduvaly-vsi-dzherela-vohnyu-avakov>

¹¹ Кодекс цивільного захисту України від 2 жовтня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5403-17#n862>

¹² Про затвердження Порядку проведення евакуації у разі загрози виникнення або виникнення надзвичайних ситуацій : постанова Кабінету Міністрів України від 30 жовтня 2013 р. № 841. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/841-2013-%D0%BF>

¹³ Про затвердження переліку суб'єктів господарювання, в яких створюється відомча пожежна охорона : постанова Кабінету Міністрів України від 5 червня 2013 р. № 397. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/397-2013-%D0%BF#n9>

¹⁴ Про затвердження Правил пожежної безпеки в лісах України : наказ Держкомлісгоспу України від 27 грудня 2004 р. № 278. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0328-05>

¹⁵ Про затвердження Положення про лісові пожежні станції : наказ Державного комітету лісового господарства України від 28 грудня 2005 р. № 526. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0047-06>

¹⁶ «Іздили лісом і не знали, де ми». Пожежники розповідають, як гасили Чорнобиль. URL: https://ukr.lb.ua/society/2020/04/26/456202_izdili_lisom_i_znali_de_mi.html

¹⁷ Ліквідувати пожежі буде важка техніка ЗСУ. URL: <https://ua.korrespondent.net/ukraine/4219031-likvidovuvaty-pozhezhi-bude-vazhka-tekhnika-zsu>

Резюме

Євстигнєв А.С. Правове забезпечення пожежної безпеки в лісах України як складової екологічної безпеки.

У статті проведено аналіз окремих аспектів правового забезпечення пожежної безпеки в лісах України як складової екологічної безпеки на прикладі лісових пожеж в Житомирській та Київській областях навесні 2020 р., проаналізовано законодавче регулювання субординації і координації підрозділів державної та відомчої пожежної охорони щодо попередження та ліквідації лісових пожеж, виявлено окремі недоліки правового регулювання у відповідній сфері. Зроблено висновок, що для посилення ефективності протидії лісовим пожежам необхідно удосконалити окремі нормативно-правові приписи щодо взаємодії пожежних підрозділів різного відомчого підпорядкування, посилення їх технічного забезпечення для своєчасного виявлення пожеж та їх швидкого гасіння.

Ключові слова: пожежна безпека, екологічна безпека, лісові пожежі, відомча пожежна охорона, державна пожежна охорона, Державна служба України з надзвичайних ситуацій.

Резюме

Євстигнєв А.С. Правовое обеспечение пожарной безопасности в лесах Украины как составляющей экологической безопасности.

В статье проведен анализ отдельных аспектов правового обеспечения пожарной безопасности в лесах Украины как составляющей экологической безопасности на примере лесных пожаров в Житомирской и Киевской областях весной 2020 г., проанализировано законодательное регулирование субординации и координации подразделений государственной и ведомственной пожарной охраны по предупреждению и ликвидации лесных пожаров, выявлены отдельные недостатки правового регулирования в соответствующей сфере. Сделан вывод, что для усиления эффективности противодействия лесным пожарам необходимо усовершенствовать отдельные нормативно-правовые предписания по взаимодействию пожарных подразделений различного ведомственного подчинения, усиление их технического обеспечения для своевременного обнаружения пожаров и их быстрого тушения.

Ключевые слова: пожарная безопасность, экологическая безопасность, лесные пожары, ведомственная пожарная охрана, государственная пожарная охрана, Государственная служба Украины по чрезвычайным ситуациям.

Summary

Andrii Yevstihnieiev. Judicial protection of several legitimate environmental interests as a way to prevent violations of environmental security.

The article analyzes some aspects of the legal provision of fire safety in the forests of Ukraine as a component of environmental safety on the example of forest fires in Zhytomyr and Kyiv regions in the spring of 2020, the legislative regulation of subordination and coordination of state and departmental fire protection units on prevention and elimination of forest fires is analyzed, identified some shortcomings of legal regulation in the relevant field. It is concluded that in order to increase the effectiveness of forest fire fighting, it is necessary to improve certain regulations on the interaction of fire departments of different authorities, strengthening their technical support for timely detection of fires and their rapid extinguishing. It is emphasized that Forests play a surprisingly important role in ensuring the human right to a safe environment for life and health. It is noted that provided that if fire safety in forests is properly ensured (resulting in the absence of fires or their prompt cessation) will ensure environmental safety, because the environmental risk of fire (probability of causing damage to human health or life as a result of harm to human health and life due to environmental pollution (especially atmospheric air).

It is concluded that current legislation regulates in detail the activities of the departmental fire protection of the State Forest Agency in the field of prevention and elimination of forest fires, while to the activities of fire departments of the SES of Ukraine are given less attention.

According to the results of the analysis of regulations and the main problems that arose during firefighting in Kyiv and Zhytomyr regions in the spring of 2020, we consider it expedient to highlight the following main shortcomings of regulatory and legal regulation of fire safety in the forests of Ukraine:

- lack of clear provisions on coordination and subordination of fire brigades of different authorities in the elimination of forest fires;
- lack of clear provisions on the coordination of fire brigades and other state authorities in terms of involving their equipment for forest fires.

Key words: fire safety, ecological safety, forest fires, departmental fire protection, state fire protection, the State Emergency Service of Ukraine.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.65

УДк 349.412.22

С.В. ГРИНЬКО

*Сергій Валерійович Гринько, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-4919-1229

ЮРИДИКО-ФАКТИЧНИЙ ЕЛЕМЕНТ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРИВАТИЗАЦІЇ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК ГРОМАДЯНАМИ УКРАЇНИ В ПОРЯДКУ ВІДВЕДЕННЯ ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ПРАВА ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. Актуальність дослідження системи відповідних юридичних складів як одного з елементів безоплатної приватизації (в порядку відведення) як підстави виникнення відносин права власності на земельні ділянки в умовах, коли багато громадян України в силу різних причин (серед яких є не тільки порушення чинного законодавства з боку відповідних суб'єктів, а й незнання своїх прав) не змогли приватизувати земельні ділянки в межах норм безоплатної приватизації, передбачених ст. 121 Земельного кодексу України, а також в умовах суспільного резонансу, викликаного останніми земельно-реформаційними заходами щодо обігу земель сільськогосподарського призначення, не викликає сумніву.

Обізнаність у практичних та теоретичних аспектах так званої «повної» процедури безоплатної приватизації земельних ділянок, або приватизації земельних ділянок у порядку відведення, чітке розуміння системи юридичних фактів та юридичних складів, наявних та задіяних у процесі зазначеної приватизації, так само як і пропозиції до чинного законодавства у цій частині, на нашу думку, можуть дієво сприяти реалізації прав суб'єктів земельно-приватизаційних правовідносин.

Проблематика юридико-фактичного складу приватизації земельних ділянок у порядку відведення набуває особливого значення в умовах, коли більшість населення України не скористалося своїм правом на безоплатну приватизацію земельних ділянок. Так, згідно з інформаційними повідомленнями порталу аграрних новин «Аграрна правда» від 10 вересня 2019 р.: «Правом безоплатної приватизації скористалися 17 млн осіб. Щодо площ безоплатно приватизованих земель, Держгеокадастр надав дані лише з 1 січня 2013 до 1 липня 2019 – за цей період територіальними органами Держгеокадастру, «передано у власність 392,6 тис. ділянок загальною площею 597,8 тис. га»¹. Разом із тим науці земельного права відома інформація про відповідні кількісні показники приватизації й за попередні роки, а також про нерівномірну за параметром безоплатної приватизації земельних ділянок стратифікацію регіонів України, що відбувалася раніше².

Більше того, як серед наукових, так і серед владних думок лунають і ті, згідно з якими фактично замість вдосконалення механізму реалізації приватизації земельних ділянок необхідне завершення процесів безоплатної приватизації земель громадянами³. Існують також позиції, що пов'язують фактичну неможливість одержання громадянами України земельних ділянок у порядку приватизації з відсутністю таких ділянок та неналежним забезпеченням принципу гласності в діяльності органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування, прямо називаючи земельно-реформаційні заходи, що мали місце на теренах України з 1990 р. стратегічним планом витіснення українців з їх споконвічних земель⁴. У зазначених умовах необхідність дослідження юридико-фактичного елемента приватизації земельних ділянок як підстави виникнення земельних правовідносин є надзвичайно актуальною та навіть здатна вивести вдало проведене теоретичне дослідження у розряд прикладних.

Відтак **метою написання статті** є запропонувати результат теоретичного дослідження із виявлення та аналізу відповідних юридичних фактів та юридичних складів як однієї зі складових такої підстави виникнення відносин права власності на землю як безоплатна приватизація громадянами України земельних ділянок у порядку відведення.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Правові аспекти безоплатної приватизації земель були предметом дослідження багатьох вчених, зокрема, таких як: В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, Ю.Л. Власенко,

© С.В. Гринько, 2020

* *Sergiy Grynko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

О.І. Заєць, Т.Г. Ковальчук, Н.Д. Когут, П.Ф. Кулинич, А.М. Мірошниченко, А.Г. Мартин, Р.І. Марусенко, А.І. Ріпенко, Д.В. Федчишин та ін. Однак автори зазначених досліджень не ставили за мету здійснити аналіз безоплатної приватизації земельних ділянок у порядку відведення саме у контексті відповідних юридичних фактів та юридичних складів як однієї зі складових зазначеної підстави виникнення відносин права власності на землю.

Виклад основного матеріалу. На нашу думку, виходячи із загального визначення підстави виникнення правовідношення та, зокрема, земельного правовідношення, запропонованого у юридичній літературі⁵, *безоплатна приватизація земельних ділянок у порядку відведення як підстава виникнення відносин права власності на земельну ділянку – це цілісна система взаємопов'язаних обставин (юридичних умов) юридико-фактичного причинного, інтелектуального, нормативно-правового та інформаційного характеру, яка є джерелом для появи (початку існування) правовідношення права приватної власності на земельну ділянку.* Де, по-перше, наявність належних юридичних фактів або складів є причиною виникнення правовідношення (тобто обставиною юридико-фактичного причинного характеру), по-друге, наявність об'єктивованої норми (норм) права, що відображають модель юридичного факту (складу), модель правового наслідку у вигляді виникнення правовідношення та причинно-наслідковий зв'язок між ними (тобто матричний зв'язок) є обставиною інформаційного та нормативно-правового характеру, по-третє, наявність адекватного сприйняття (суб'єктивної) обставин об'єктивної дійсності (у тому числі і з'ясування як елементу тлумачення правових норм/норми) та застосування методів порівняльного аналізу та синтезу є обставиною інформаційно-інтелектуального характеру, по-четверте, наявність причинно-наслідкового зв'язку (стереотипного зв'язку) між суб'єктивним юридичним фактом/складом-причиною та правовим наслідком у вигляді виникнення відносин права власності на земельну ділянку є обставиною інформаційно-інтелектуального характеру.

Зазначені чотири елементи формують підставу виникнення будь-якого – в тому числі земельного – правовідношення. Зрозуміло також, що найбільш об'ємною із зазначених елементів є юридико-фактична причина складова, яка потребує детального розкриття.

Від юридичних фактів/складів підстави виникнення земельного правовідношення слід відрізняти юридичні факти прецесії підстави виникнення правовідношення, які в науці називають юридичними умовами виникнення правовідношення.

Нагадаємо, що на нашу думку, юридичні умови виникнення правовідношення – це прямо чи опосередковано передбачені правом (явні, чи такі що презюмуються) обставини, від яких залежить виникнення правовідношення.

Відповідно до одного з вироблених у науці земельного права підходів до розуміння співвідношення підстави виникнення правовідношення та юридичних умов виникнення правовідношення лаконічно можна стверджувати, що будь-яка підстава виникнення правовідношення є юридичною умовою виникнення правовідношення (тобто обставиною, від якої залежить його виникнення), але не будь-яка юридична умова виникнення правовідношення є підставою його виникнення. Такі юридичні умови виникнення правовідношення, на нашу думку, є юридичними умовами так званої прецесії підстави виникнення правовідношення.

Нагадаємо також, що прецесія підстави виникнення правовідношення – це система не охоплених підставою виникнення правовідношення обставин (юридичних умов), логічно необхідних з точки зору права для появи (початку існування) конкретного правовідношення, але не перебувають з ним у причинно-наслідковому зв'язку.

Юридичними умовами прецесії підстави виникнення земельного правовідношення є, наприклад, земельна правосуб'єктність учасників земельно-приватизаційного правовідношення, громадянство, вік, а також наявність юридичних фактів-правовідношень у вигляді державної або комунальної власності на земельні ділянки (земельні масиви), з яких будуть виділені земельні ділянки як об'єкти земельно-приватизаційних правовідносин.

Провівши детальне дослідження усіх юридичних фактів та юридичних складів, що формують юридико-фактичну складову (один із елементів) безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами України у порядку відведення як підстави виникнення земельних правовідносин права власності на земельні ділянки, а також визначивши на конкретних стадіях зазначеної процедури юридичні умови виникнення правовідношення права приватної власності на землю, а саме – юридичні умови підстави виникнення зазначеного правовідношення, а також юридичні умови прецесії підстави виникнення правовідношення права власності на земельну ділянку, можна дійти **наступних теоретичних висновків:**

У сфері безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами України у порядку відведення існує фактор інформаційного та нормативно-правового характеру у вигляді розгалуженої системи об'єктивованих правових норм, що відображають:

– модель комплексного юридичного складу, тобто систему (комплекс) юридичних фактів та юридичних складів, а також юридичних умов підстави виникнення земельного правовідношення, накопичених у законодавчо визначеному порядку належними суб'єктами земельно-приватизаційних правовідносин;

– модель правового наслідку у вигляді виникнення правовідношення права приватної власності на земельну ділянку;

– причинно-наслідковий зв'язок між моделлю комплексного юридичного складу та моделлю правового наслідку (тобто матричний зв'язок).

Безоплатна приватизація земельних ділянок у порядку відведення як підстава виникнення відносин права власності на земельну ділянку – це цілісна система взаємопов'язаних обставин (юридичних умов) юридико-фактичного причинного, інтелектуального, нормативно-правового та інформаційного характеру, яка є джерелом для появи (початку існування) правовідношення права приватної власності на земельну ділянку.

Юридико-фактичний елемент підстави виникнення земельно-приватизаційного правовідношення становить юридичний факт подання заяви про приватизацію та необхідних документів, що повинні додаватися до зазначеної заяви.

Юридико-фактичний елемент підстави виникнення земельного правовідношення права власності на земельну ділянку у процесі безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами України є достатньо об'ємним та являє собою комплексний юридичний склад, який становлять система (комплекс) юридичних фактів та юридичних складів, а також юридичних умов підстави виникнення земельного правовідношення, накопичених у наступному порядку належними суб'єктами земельно-приватизаційних правовідносин:

I. Юридичний факт подання заяви (клопотання) про безоплатну приватизацію земельної ділянки до відповідного органу приватизації.

II. Юридичний факт розгляду заяви (клопотання) відповідним органом приватизації у місячний строк з дня її реєстрації та надання дозволу на розроблення проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки або мотивованої відмови у його наданні або юридичний факт письмового повідомлення органу приватизації про замовлення розроблення проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки без надання дозволу.

III. Юридичний факт розробки проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки.

IV. Юридичний факт погодження проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки з відповідним органом.

V. Додатковий юридичний склад у вигляді проведення державної експертизи проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки центральним апаратом, або територіальним органом Держгеокадастру, у випадку приватизації особливо цінних земель, земель лісгосподарського призначення або земель водного фонду, а також у випадку проведення вибіркової державної експертизи землевпорядної документації, який складається з наступних юридичних фактів:

1. Юридичний факт подання клопотання (заяви) замовниками чи розробниками об'єктів державної експертизи про проведення обов'язкової державної експертизи до уповноваженого органу.

2. Юридичний факт перевірки наявності та повноти необхідних документів і матеріалів щодо об'єктів державної експертизи та їх реєстрації (підготовка стадія).

3. Юридичний факт аналітичного опрацювання документів чи матеріалів щодо об'єктів державної експертизи, а в разі необхідності – проведення обстежень у природі (на місцевості) та здійснення на їх основі аналізу їх відповідності вимогам законодавства, встановленим стандартам, нормам і правилам (основна стадія).

4. Юридичний факт узагальнення окремих експертних досліджень, одержаної інформації, а також юридичний факт підготовки висновку державної експертизи та видачу його замовникам об'єктів державної експертизи (заклучна стадія).

5. Можлива також стадія та, відповідно, юридичний факт спростування висновків державної експертизи землевпорядної документації.

VI. Юридичний склад державної реєстрації земельної ділянки, який складається з наступних юридичних фактів:

1. Юридичний факт подання заяви про внесення відомостей до Державного земельного кадастру заявником або розробником документації із землеустрою (проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки) в електронному або паперовому вигляді та документації із землеустрою у паперовому та електронному вигляді, із засвідченням зазначеної документації із землеустрою кваліфікованим електронним підписом, до територіального органу Центрального органу державної виконавчої влади з питань земельних ресурсів (територіального органу Держгеокадастру).

2. Юридичний факт здійснення державним кадастровим реєстратором реєстрації заяви про внесення відомостей до Державного земельного кадастру.

3. Юридичний факт перевірки відповідності поданих документів вимогам законодавства.

4. Юридичний факт державної реєстрації земельної ділянки, що здійснюється шляхом відкриття земельної книги на земельну ділянку в паперовій та електронній (цифровій) формі та внесення до неї відповідної інформації або юридичний факт надання мотивованої відмови у державній реєстрації.

5. Юридичний факт присвоєння кадастрового номера земельній ділянці.

6. Юридичний факт надання відомостей з Державного земельного кадастру або відмови у наданні таких відомостей.

7. Юридичний факт оприлюднення на офіційному вебсайті центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин інформації про дату реєстрації заяви про внесення відомостей до Державного земельного кадастру, вхідний номер, стислий зміст заяви, а також інформації про наслідки її розгляду.

VII. Юридичний факт прийняття рішення про затвердження проєкту землеустрою та безоплатну передачу земельної ділянки заявникові.

VIII. Юридичний склад державної реєстрації прав на земельної ділянку, який складається з наступних юридичних фактів:

1. Юридичний факт прийняття або отримання документів для державної реєстрації прав, формування та реєстрація заяви в базі даних заяв.

2. Юридичний факт виготовлення електронних копій документів, поданих для державної реєстрації прав, шляхом сканування (у разі подання документів у паперовій формі) та їх розміщення в Державному реєстрі прав.

3. Юридичний факт встановлення черговості розгляду заяв, зареєстрованих у базі даних заяв.

4. Юридичний факт перевірки документів та/або відомостей Державного реєстру прав, відомостей реєстрів (кадастрів), автоматизованих інформаційних систем на наявність підстав для зупинення розгляду заяви, зупинення державної реєстрації прав, відмови у проведенні державної реєстрації прав та прийняття відповідних рішень.

5. Юридичний факт прийняття рішення про державну реєстрацію прав (у разі відсутності підстав для зупинення розгляду заяви, зупинення державної реєстрації прав, відмови у проведенні державної реєстрації прав).

6. Юридичний факт відкриття розділу в Державному реєстрі прав та/або внесення до відкритого розділу або спеціального розділу Державного реєстру прав відповідних відомостей про речові права на нерухоме майно та їх обтяження, про об'єкти та суб'єктів цих прав.

7. Юридичний факт формування витягу з Державного реєстру прав про проведену державну реєстрацію прав для подальшого використання заявником.

8. Юридичний факт видачі та отримання документів за результатом розгляду заяви.

У структурі юридико-фактичного елементу безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами України у порядку відведення як підстави виникнення земельних правовідносин права власності на земельні ділянки існує достатньо об'ємна система юридичних умов виникнення правовідношення в якості прямо чи опосередковано передбачених правом (явних чи презюмованих) обставин, від яких залежить виникнення правовідношення. Серед зазначених юридичних умов можна виділити як умови підстави виникнення земельного правовідношення, так і умови прецесії підстави виникнення правовідношення.

До юридичних умов підстави виникнення правовідношення права приватної власності на земельну ділянку в процесі безоплатної приватизації в порядку відведення варто віднести:

– законодавчо встановлені вимоги до заяви (клопотання) про приватизацію земельної ділянки, а також до складу документів, що додаються до неї;

– максимально допустимі розміри земельних ділянок у межах норм безоплатної передачі громадянам України;

– наявність документів, які є складовими проєкту землеустрою щодо відведення земельних ділянок або створюються на цій стадії згідно з чинним законодавством разом із зазначеним проєктом;

– законодавчо встановлені вимоги погодження проєкту відведення із додатковими, порівняно із загальною процедурою, органами;

– вимоги до процедури, різновидів документів та строків погодження відповідної документації відповідними органами, а також вимоги до підстав для відмови у погодженні зазначеної документації;

– вимоги до усіх основних документів і матеріалів, доданих до об'єкта державної експертизи земельно-порядкової документації, встановлені чинним земельним законодавством;

– встановлені чинним земельним законодавством вимоги до змісту рішення про приватизацію земельної ділянки;

– юридичний факт подання державному реєстратору прав документа, що підтверджує сплату адміністративного збору за державну реєстрацію права власності на земельну ділянку (у випадку, якщо особа не звільнена від сплати адміністративного збору) або документа, що підтверджує право на звільнення від сплати адміністративного збору за державну реєстрацію прав;

– встановлені чинним законодавством вимоги до реквізитів заяви про державну реєстрацію права приватної власності на земельну ділянку, а також вимоги до інших документів, що подаються для державної реєстрації прав.

До юридичних умов прецесії підстави виникнення правовідношення права приватної власності на земельну ділянку у процесі безоплатної приватизації у порядку відведення варто віднести:

– земельну правосуб'єктність учасників земельно-приватизаційних правовідносин;

– громадянство заявників;

– вік громадян-заявників;

– наявність юридичних фактів-правовідносин у вигляді правовідносин державної або комунальної власності на земельні ділянки (земельні масиви), з яких будуть виділені земельні ділянки як об'єкти земельно-приватизаційних правовідносин;

– наявність затвердженого належним чином плану зонування або детального плану території відповідного населеного пункту;

– вимоги до технічного і технологічного забезпечення виконавців (розробників) робіт із землеустрою;

– юридичний факт прийняття відповідною радою рішення про набуття повноважень у сфері державної реєстрації прав відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» виконавчими органами сільських, селищних та міських рад;

– юридичний факт одержання відповідної вищої освіти державними реєстраторами прав на нерухоме майно, а також юридичний факт відповідності зазначених осіб кваліфікаційним вимогам до державних реєстраторів прав на нерухоме майно, які встановлені Міністерством юстиції України;

– наявність відповідних інституційних організаційних умов у вигляді функціонуючого програмного комплексу Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, виготовлених печаток, відповідно до встановленого Міністерством юстиції України зразка;

– юридичний факт сплати адміністративного збору за державну реєстрацію права приватної власності на земельну ділянку у випадку якщо особа не звільнена від сплати адміністративного збору.

На нашу думку, можна враховувати зазначені вище теоретичні висновки під час подальшого теоретико-правового аналізу юридико-фактичної складової безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами

України у порядку відведення як підстави виникнення земельних правовідносин права приватної власності на земельні ділянки.

¹ Краснолуцький Олександр. Держгеокадастр не веде облік громадян, які скористалися правом безоплатної приватизації. URL: <https://agravery.com/uk/posts/show/derzgeokadastr-ne-vede-oblik-gromadan-aki-skoristalisa-pravom-bezoplatnoi-privatizatsii-krasnodulckij>

² Мірошниченко А.М., Мартин А.Г., Ріпенко А.І. Проблеми та перспективи безоплатної приватизації земель громадянами України. *Землеустрій, кадастр і моніторинг земель*. 2012. № 3–4. С. 46–60.

³ Краснолуцький Олександр. Слід відмовитися від безоплатної приватизації землі. URL: <http://zakarpatska.land.gov.ua/slid-vidmovytysia-vid-bezoplatnoi-pryvatzatsii-zemli-oleksandr-krasnodulckiy/>; Мірошниченко А.М., Мартин А.Г., Ріпенко А.І. Проблеми та перспективи безоплатної приватизації земель громадянами України. *Землеустрій, кадастр і моніторинг земель*. 2012. № 3–4. С. 47, 48, 51, 57; Когут Н.Д. Правове забезпечення безоплатної приватизації земель в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Київ: ІДП імені В.М. Корецького НАН України, 2011. 20 с. С. 6.

⁴ Балюк Г.І., Власенко Ю.Л., Ковальчук Т.Г. Проблеми забезпечення державною реалізації громадянами України конституційного права власності на землю. *Соціологія права*. 2018. № 3–4 (26–27). С. 3–12. С. 4.

⁵ Гринько С.В. Основные теоретико-правовые предпосылки формирования понятия основания возникновения земельного правоотношения. *Научный часопис «Університетські наукові записки»*. Хмельницький, 2009. № 1. С. 180–202.

Резюме

Гринько С.В. Юридико-фактичний елемент безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами України в порядку відведення як підстави виникнення земельних правовідносин права приватної власності.

У статті запропоновано результат теоретичного дослідження із виявлення та аналізу системи відповідних юридичних фактів та складів як одного з елементів такої підстави виникнення земельних правовідносин (відносин права власності на земельні ділянки) як безоплатна приватизація земельних ділянок громадянами України в порядку відведення; дано визначення приватизації земельних ділянок у порядку відведення як підстави виникнення відносин права власності на земельні ділянки. Визначено юридичні умови підстави, а також прецесії підстави виникнення земельних правовідносин права власності на земельні ділянки в межах зазначеного способу набуття прав на земельні ділянки.

Ключові слова: приватизація земельних ділянок у порядку відведення, юридичний факт, юридичний склад, юридичні умови, юридична процедура приватизації земельних ділянок, підстава виникнення відносин права власності на земельну ділянку.

Резюме

Гринько С.В. Юридико-фактический элемент бесплатной приватизации земельных участков гражданами Украины в порядке отведения как основания возникновения земельных правоотношений права частной собственности.

В статье предложен результат теоретического исследования по выявлению и анализу системы соответствующих юридических фактов и составов как одного из элементов такого основания возникновения земельных правоотношений (отношений права собственности на земельные участки) как бесплатная приватизация земельных участков гражданами Украины в порядке отвода; дано определение приватизации земельных участков в порядке отвода как основания возникновения отношений права собственности на земельные участки в рамках упомянутого способа приобретения прав на земельные участки.

Ключевые слова: приватизация земельных участков в порядке отвода, юридический факт, юридический состав, юридические условия, юридическая процедура приватизации земельных участков, основание возникновения отношений права собственности на земельный участок.

Summary

Sergiy Grynko. Legal-Factual Element of Unpaid Privatization of Land Plots by Citizens of Ukraine in the Order of Allotment as of the Basis for the Occurrence of Land Legal Relations of Private Ownership Right.

The article proposes the result of a theoretical study on detection and analysis of the system of the relevant legal facts and legal compositions as one of the elements of the basis for the occurrence of land legal relations (property rights to land plots) as unpaid privatization of land plots in the order of allotment. The definition of privatization of land plots in the order of allotment as the basis for the occurrence of relations of ownership of land under the aforementioned method of acquisition of rights is given.

In the sphere of unpaid privatization of land plots by citizens of Ukraine in the order of allotment there is a factor of informational and normative legal nature in the form of a vast system of objective legal norms, reflecting:

– model of complex legal composition, i.e. system (complex) of legal facts and legal compositions, and also legal conditions of the basis for the occurrence of the land legal relationship accumulated in the legally defined order by the corresponding persons of the land privatization legal relations;

– model of legal consequence in the form of the occurrence of the legal relationship of private ownership of land parcel;

– cause-effect relationship between the model of complex legal composition and the model of legal consequence (i.e. matrix relationship).

Unpaid privatization of land plots in the order of allotment as a basis for the occurrence of relations of land plot ownership is a holistic system of interrelated circumstances (legal conditions) of legal-factual causal, intellectual, legal normative and informational nature, which is the source for the occurrence (beginning of existence) of the legal relationship of private ownership of land plot.

The legal-factual element of the basis for the occurrence of land-privatization legal relationship is the legal fact of filing a privatization application and the necessary documents that must be attached to the mentioned application.

The legal-factual element of the basis for the occurrence of land legal relationship of ownership of land plot in the process of unpaid privatization of land plots by citizens of Ukraine is quite volumetric and represents a complex legal composition, which consists of a system (complex) of legal facts and legal compositions, as well as legal conditions of the basis for the occurrence of land legal relation, accumulated in the stipulated order by the appropriate parties of land-privatization legal relations.

Key words: privatization of land plots in the order of allotment, legal fact, legal composition, legal conditions, legal procedure for the privatization of land plots, the basis for the occurrence of relations of land plot ownership.

І.І. ЯКУБОВИЧ

*Ігор Ігорович Якубович, аспірант Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0002-8689-2593

**ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗЕРНА
ЧЕРЕЗ МЕХАНІЗМ ЗАСТАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ**

Постановка проблеми. Зернове господарство України визнається найбільш ефективною галуззю економіки та забезпечує експортний потенціал нашої держави. Зерно і продукти його переробки є гарантією продовольчої безпеки держави, забезпечують реалізацію конституційного права кожного на достатнє харчування для себе та своєї сім'ї. З метою створення умов для належного функціонування ринку зерна в Україні законодавчо передбачено механізм заставної закупівлі зерна.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В юридичній літературі правове регулювання заставних закупівель зерна не отримало комплексного дослідження. Правові аспекти заставних закупівель зерна у контексті державної підтримки суб'єктів аграрного підприємництва досліджували І.П. Сафонов¹ та Х.А. Григор'єва². Правові питання заставних закупівель зерна як форми кредитування суб'єктів аграрного виробництва аналізував В.Ю. Уркевич³. Окремі юридичні аспекти реалізації режиму державних заставних закупівель сільськогосподарської продукції розкрила у своїх статтях Ю.І. Кудріна⁴. Водночас особливості заставних закупівель зерна як моделі реалізації зерна аграрними товаровиробниками в науці аграрного права не досліджувались.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, метою даної статті є з'ясування правової природи та особливостей заставної закупівлі зерна, аналіз сучасного стану правового регулювання у цій сфері та обґрунтування пропозицій з метою удосконалення аграрного законодавства.

Виклад основного матеріалу. В Україні процедура продажу зерна в режимі державних заставних закупівель регулюється Законами України «Про зерно та ринок зерна в Україні» від 4 липня 2002 р., «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24 червня 2004 р., виданими у їх розвиток підзаконними нормативно-правовими актами.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» заставна закупівля – це зарахування до державного інтервенційного фонду об'єкта державного цінового регулювання – предмета застави у разі, коли бюджетна позиція та/або плата за її використання не були погашені у строк, передбачений договором. Аналіз приписів аграрного законодавства дає змогу виявити ряд особливостей заставної закупівлі зерна.

Насамперед необхідно зазначити, що режим заставних закупівель зерна може запроваджуватись за рішенням Кабінету Міністрів України шляхом прийняття відповідної постанови. Проведений аналіз постанов Уряду України, спрямованих на регулювання заставних операцій із зерном, показав, що заставна закупівля зерна була запроваджена у 2000 р. та здійснювалася протягом 2000–2014 рр. Після 2014 р. відповідних коштів на проведення державних заставних закупівель зерна в Державному бюджеті передбачено не було, а відповідні угоди на аграрному ринку не укладалися.

Законодавче регулювання заставних закупівель зерна є надзвичайно нестабільним, адже кожні два-три роки затверджувалися нові порядки здійснення заставних операцій із зерном, протягом 2000–2008 рр. порядок надання бюджетних позик із застосуванням режиму державних заставних закупівель зерна викладався в нових редакціях чотири рази. Законодавець вживав різну термінологію – «заставні закупки зерна» та «заставні закупівлі зерна». Постійно змінювався суб'єкт, який від імені держави здійснював заставну закупівлю зерна – Державна акціонерна компанія «Хліб України», виконавці заставних закупівель зерна, які визначалися на конкурсних засадах тендерними комітетами обласних державних адміністрацій, Державний агент із забезпечення заставних закупок зерна, Аграрний фонд.

Умовою здійснення заставної закупівлі зерна є наявність відповідних коштів у Державному бюджеті, що фактично позбавляло ефективності механізми заставних закупівель зерна внаслідок недостатності таких коштів або їх відсутності взагалі.

В юридичній літературі висловлюються різні позиції щодо економічної та юридичної природи заставної закупівлі зерна. Так, В.Ю. Уркевич розглядає заставну закупівлю зерна як кредитування сільськогосподарських товаровиробників під заставу аграрної продукції з боку держави, зокрема як бюджетну позику⁵, а Ю.І. Кудріна⁶ та Х.А. Григор'єва⁷ зазначають, що за допомогою механізму заставних закупівель зерна держава здійснює підтримку вітчизняних сільськогосподарських товаровиробників. На нашу думку, наведені позиції не суперечать одна одній. Адже економічна природа заставної ціни на зерно полягає у двох її функ-

ціях – функції кредиту і мінімальної гарантованої ціни на зерно як засобу державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників. Тому проведений аналіз розвитку законодавства у сфері заставної закупівлі зерна дає підстави для висновків, що правова природа заставної закупівлі зерна виявляється в тому, що її можна розглядати одночасно як: а) правову модель реалізації зерна; б) форму державної підтримки суб'єктів аграрного підприємництва; в) специфічний механізм кредитування сільськогосподарських товаровиробників у режимі надання бюджетної позики.

Особливістю державних заставних закупівель є також те, що виходячи з приписів Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» об'єктом заставної закупівлі є виключно зерно, а саме: пшениця тверда, пшениця м'яка, зерно суміші пшениці та жита (меслин), кукурудза, ячмінь, жито озиме, жито ярове, горох, гречка, просо, овес, соя, насіння соняшнику, насіння ріпаку, насіння льону. Тобто виробники інших різновидів сільськогосподарської продукції, навіть яка є об'єктом державного цінового регулювання, не можуть укладати договори заставної закупівлі. При цьому необхідно звернути увагу також на те, що договори заставної закупівлі укладаються щодо зерна, яке уже зібране, розміщене на зерновому складі і готове до продажу.

Специфіка заставних закупівель зерна виявляється також у їх особливому суб'єктному складі. Так, сторонами договору заставної закупівлі зерна є Аграрний фонд та суб'єкт аграрного підприємництва – виробник зерна. Відповідно до ст. 12 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» Аграрний фонд як суб'єкт заставної закупівлі зерна визнається кредитором, що надає бюджетну позику виробнику зерна, яке є об'єктом державного цінового регулювання (далі – позичальник), під заставу такого об'єкта, що оформлюється переданням кредитору подвійного складського свідоцтва. На період дії режиму заставних закупівель окремих об'єктів державного цінового регулювання Аграрний фонд виконує від імені держави функції кредитора.

Виконання Аграрним фондом функцій кредитора від імені держави під час здійснення заставних закупівель зерна у цілому узгоджується із міжнародною практикою. Так, у Франції заставну закупівлю зерна здійснюють спеціалізовані недержавні ліцензовані організації-колектори (збирачі), коли за здану продукцію товаровиробник одержує плату за авансованими цінами, гарантованими державою; у Польщі Агентство аграрного ринку здійснює інтервенційну закупівлю сезонних лишків сільгосппродукції та їх продаж у період недостатньої пропозиції зернових на ринку⁸.

Згідно з приписами чинного законодавства виробник зерна визнається позичальником за укладеною угодою заставної закупівлі зерна. При цьому необхідно враховувати, що відповідно ст. 12 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» бюджетна позика у межах режиму державних заставних закупівель може бути надана суб'єктам підприємництва за наступних умов: відсутній непогашений податковий борг із загальнодержавних податків і зборів та єдиного соціального внеску; відсутня прострочена заборгованість за будь-якими видами бюджетних позик або за іншими кредитами (позиками), гарантованими державою; суб'єкт не перебуває у процесі санації, банкрутства або ліквідації; відсутня прострочена заборгованість з виплати орендної плати за земельні паї, орендовані у фізичних осіб – їх власників; суб'єкт не отримує кредитної субсидії; виробник зерна повинен мати правовий статус сільськогосподарського підприємства.

Договір заставної закупівлі зерна укладається відповідно до стандартної форми кредитного договору, яка розробляється Аграрним фондом та затверджується центральним виконавчою влади, що забезпечує формування державної аграрної у сфері сільського господарства. В 2005 р. Наказом Міністерства аграрної політики України від 15 липня 2005 р. № 318 було затверджено Форму кредитного договору про бюджетні позики в межах режиму державних заставних закупівель, проте у 2015 р. зазначений наказ було визнано таким, що втратив чинність⁹. Отже, в даний час стандартна форма кредитного договору в межах режиму державних заставних закупівель не затверджена.

Крім цього, спірним є використання у ст. 12 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» терміна «стандартна форма кредитного договору», адже в чинному законодавстві оперують іншими термінами – «примірний договір», «типовий договір», «договір приєднання». Так, відповідно до ст. 179 Господарського кодексу України примірний договір – це договір, рекомендований органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст; типовий договір – це договір, затверджений Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови; договір приєднання – це договір, запропонований однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту. На основі зазначених приписів чинного законодавства можна зробити висновок, що у ст. 12 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» йдеться не про «стандартну форму кредитного договору», а про «типову форму кредитного договору». Так, Ю.І. Кудріна зазначає, що Аграрний фонд та позичальник (виробник зерна) фактично мають конкретизувати, погодити лише строк надання бюджетної позики та обсяг зерна, що передається у заставу, а інші умови такого договору вже встановлено законодавством, що вказує на типовість умов такого договору¹⁰. З метою усунення зазначеної законодавчої помилки необхідно внести зміни ст. 12 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України», замінивши словосполучення «стандартна форма кредитного договору» на «типова форма кредитного договору», а також актуальним є затвердження такої типової форми кредитного договору центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної аграрної у сфері сільського господарства.

У юридичній літературі є різні погляди на правову природу кредитного договору в межах правового режиму державної заставної закупівлі зерна. Так, автори науково-практичного коментаря до Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» стверджують, що незважаючи на те, що позика та кредит є спорідненими поняттями, вони мають різну юридичну природу, регламентуються різними приписами законодавства (відповідно ст.ст. 1046–1053 та ст.ст. 1054–1957 Цивільного кодексу України), згідно з чим і в тексті ст. 12 Закону мало йтися про укладання все ж таки договору позики, а не кредитного договору¹¹. На противагу зазначеному, позиція Ю.І. Кудріної полягає в тому, що «кредитний договір про бюджетну позичку в межах досліджуваного режиму державних заставних закупівель є особливим різновидом договорів кредиту...»¹². Подібної позиції дотримується В.Ю. Уркевич, який розглядає заставну закупівлю аграрної продукції як форму кредитування сільськогосподарських товаровиробників під заставу такої продукції з боку держави¹³.

Укладення договорів як позики, так і кредиту регулюється Главою 71 «Позика. Кредит. Банківський вклад» Цивільного кодексу України. Відповідно до ст. 1046 зазначеного Кодексу за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості. У ст. 1054 Цивільного кодексу України передбачено, що за кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові в розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти.

У науці цивільного права питання співвідношення договору позики та кредиту є дискусійним, проте більшість вчених схильються до думки, що ці договори є різними внаслідок низки їх відмінних ознак. Так, А.А. Можчіль розглядає договори позики та кредиту як самостійні та рівнозначні договори, оскільки їм присвячені окремі параграфи глави 71 Цивільного кодексу України, крім цього, кожному з них притаманні свій предмет, особливості укладення, суб'єктний склад, що істотно відрізняють їх один від одного¹⁴.

За договором заставної закупівлі зерна бюджетні кошти надає не банк або інша фінансова установа, а Аграрний фонд. Тому уже за цією однією ознакою договір заставної закупівлі зерна не може розглядатися як кредитний договір. Отже, з метою приведення ст. 12 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» у відповідність до приписів Цивільного кодексу України необхідно внести зміни до зазначеної статті, замінивши термін «кредитний договір» на «договір позики».

Особливістю заставних закупівельна зерна є те, що бюджетна позика у межах режиму таких закупівель є платною. Плата за використання бюджетної позики встановлюється на рівні 50 відсотків від середньозваженого процента за кредитами банків, наданих строком до 12 календарних місяців та повністю забезпечених заставою, який фактично склався станом на 1 травня поточного бюджетного року. Порядок розрахунку такого середньозваженого процента визначається постановою Кабінету Міністрів України на підставі подання Національного банку України. Проте проведений аналіз чинного законодавства показав, що в даний час такого порядку не затверджено.

Висновки. Правова природа заставної закупівлі зерна виявляється у тому, що її можна розглядати одночасно як: а) правову модель реалізації зерна; б) форму державної підтримки суб'єктів аграрного підприємництва; в) специфічний механізм кредитування сільськогосподарських товаровиробників у режимі надання бюджетної позики. Специфіка державних заставних закупівель як особливої моделі реалізації зерна полягає у наступному: а) об'єктом заставної закупівлі є виключно зерно (пшениця тверда, пшениця м'яка, зерно суміші пшениці та жита (меслин), кукурудза, ячмінь, жито озиме, жито ярове, горох, гречка, просо, овес, соя, насіння соняшнику, насіння ріпаку, насіння льону), яке уже зібране, розміщене на зерновому складі і готове до продажу; б) особливий суб'єктний склад договорів заставної закупівлі зерна (Аграрний фонд, що виступає кредитором від імені держави, та суб'єкт аграрного підприємництва – виробник зерна, який визнається позичальником); в) має строковий характер; г) має платний характер; г) застосовується лише за умови наявності відповідних коштів у Державному бюджеті; д) здійснюється відповідно до законодавчо затвердженої процедури, яка є занадто деталізованою, що ускладнює доступ виробників зерна до бюджетної позики в режимі заставної закупівлі зерна; е) здійснюється на підставі кредитного договору, який за своєю природою є договором позики, типова форма якого в даний час нормативно не затверджена. Заставна закупівля зерна була запроваджена у 2000 р. та здійснювалася протягом 2000–2014 рр. Після 2014 р. відповідних коштів на проведення державних заставних закупівель зерна в Державному бюджеті передбачено не було, а відповідні угоди на аграрному ринку не укладалися.

¹ Сафонов І. Державна заставна закупівля зерна – важливий захід підтримки аграрних товаровиробників. *Право України*. 2006. № 5. С. 77–81.

² Григор'єва Х.А. Еволюція правового механізму державних заставних закупівель зерна. *Актуальні проблеми екологічного, земельного та аграрного законодавства в сучасних умовах: матеріали круг. столу (Харків, 1 берез. 2019 р.)*. Харків, 2019. С. 98–101.

³ Уркевич В.Ю. Про правове забезпечення кредитування сільськогосподарських товаровиробників під заставу сільськогосподарської продукції. *Право та інновації*. 2015. № 3. С. 9–14.

⁴ Кудріна Ю.І. Окремі правові аспекти реалізації режиму державних заставних закупівель сільськогосподарської продукції. *Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України*. 2013. Вип. 182. Ч. 1. С. 106–114 (Серія «Право»).

⁵ Уркевич В.Ю. Про правове забезпечення кредитування сільськогосподарських товаровиробників під заставу сільськогосподарської продукції. *Право та інновації*. 2015. № 3. С. 10.

⁶ Кудріна Ю.І. Окремі правові аспекти реалізації режиму державних заставних закупівель сільськогосподарської продукції. *Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України*. 2013. Вип. 182. Ч. 1. С. 107 (Серія «Право»).

⁷ Григор'єва Х.А. Еволюція правового механізму державних заставних закупівель зерна. Актуальні проблеми екологічного, земельного та аграрного законодавства в сучасних умовах: матеріали круг. столу (Харків, 1 берез. 2019 р.). Харків, 2019. С. 98–101.

⁸ Масляніцина О.В. Заставна закупівля зерна як засіб державної підтримки товаровиробника. *Вісник Сумського нац. аграр. ун-ту*. 2005. № 1. С. 103 (Серія «Фінанси і кредит»).

⁹ Про визнання таким, що втратив чинність, наказу Міністерства аграрної політики України від 15 липня 2005 року № 318: наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 27.03.2015 р. № 116. *Офіційний вісник України*. 2015. № 32. Ст. 941.

¹⁰ Кудріна Ю.І. Окремі правові аспекти реалізації режиму державних заставних закупівель сільськогосподарської продукції. *Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України*. 2013. Вип. 182. Ч. 1. С. 111–112 (Серія «Право»).

¹¹ Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» / авт. та упоряд. В.М. Єрмоленко, А.М. Стагівка, В.Ю. Уркевич. *Бюлетень законодавства та юридичної практики України*. 2005. № 10. С. 87.

¹² Кудріна Ю.І. Окремі правові аспекти реалізації режиму державних заставних закупівель сільськогосподарської продукції. *Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України*. 2013. Вип. 182. Ч. 1. С. 112 (Серія «Право»).

¹³ Уркевич В.Ю. Про правове забезпечення кредитування сільськогосподарських товаровиробників під заставу сільськогосподарської продукції. *Право та інновації*. 2015. № 3. С. 9.

¹⁴ Можчіль А.А. Порівняльна характеристика кредитного договору та договору позики. *Международный научный журнал «Интернаука»*. 2018. № 9. Т. 3. С. 39–42.

Резюме

Якубович І.І. Особливості правового регулювання реалізації зерна через механізм заставних закупівель.

У статті з'ясовано правову природу та особливості заставної закупівлі зерна, проведено аналіз сучасного стану правового регулювання у цій сфері та обгрунтовано пропозиції, спрямовані на його удосконалення. Доведено, що правова природа заставної закупівлі зерна виявляється у тому, що її можна розглядати одночасно як правову модель реалізації зерна, форму державної підтримки суб'єктів аграрного підприємництва, специфічний механізм кредитування сільськогосподарських товаровиробників у режимі надання бюджетної позики. Встановлено, що заставна закупівля зерна здійснювалася протягом 2000–2014 рр., а після 2014 р. відповідних коштів на проведення державних заставних закупівель зерна в Державному бюджеті передбачено не було, а відповідні угоди на аграрному ринку не укладалися.

Ключові слова: аграрний ринок; заставні закупівлі зерна; зерно; реалізація зерна; ринок зерна; сільськогосподарське виробництво.

Резюме

Якубович І.І. Особенности правового регулирования реализации зерна через механизм залоговых закупок.

В статье выяснено правовую природу и особенности залоговых закупок зерна, проведен анализ современного состояния правового регулирования в этой сфере и обоснованы предложения, направленные на его совершенствование. Доказано, что правовая природа залоговых закупок зерна выражается в том, что ее можно рассматривать одновременно как правовую модель реализации зерна, форму государственной поддержки субъектов аграрного предпринимательства, специфический механизм кредитования сельскохозяйственных товаропроизводителей в режиме предоставления бюджетной ссуды. Установлено, что залоговая закупка зерна осуществлялась в течение 2000–2014 гг., а после 2014 г. соответствующих средств на проведение государственных залоговых закупок зерна в Государственном бюджете предусмотрено не было, а соответствующие соглашения на аграрном рынке не заключались.

Ключевые слова: аграрный рынок; залоговые закупки зерна; зерно; реализация зерна; рынок зерна; сельскохозяйственное производство.

Summary

Igor Yakubovych. Features of legal regulation of grain sales through the mechanism of mortgage purchases.

The article clarifies that in order to ensure the proper functioning of the grain market in Ukraine, current national legislation provides special mechanism of mortgage purchase of grain, which is regulated by the Laws of Ukraine «On Grain and Grain Market in Ukraine» of July 4, 2002, «On State Support of Agricultural Economy of Ukraine» of June 24, 2004, adopted in their development by-laws. It is proved that the legal nature of mortgage purchase of grain is manifested in the fact that it can be considered simultaneously as a legal model of grain sales, a form of state support for agricultural enterprises, a specific mechanism for lending to agricultural producers in the budget loan. The specifics of state mortgage purchase as a special model of grain sales is as follows: a) the object of mortgage purchase is exclusively grain (durum wheat, soft wheat, wheat and rye (meslin) grain, corn, barley, winter rye, spring rye), peas, buckwheat, millet, oats, soybeans, sunflower seeds, rapeseed, flax seeds), which has already been harvested, placed in a grain warehouse and ready for sale; b) special subjects of grain mortgage purchase agreements (Agrarian Fund, acting as a creditor on behalf of the state, and a subject of agrarian entrepreneurship – a grain producer recognized as a borrower); c) has a term character; d) has a paid nature; e) is applied only if the relevant funds are available in the State Budget; e) is carried out in accordance with the legally approved and too detailed, which complicates the access of grain producers to the budget loan in the mode of mortgage purchase of grain; e) is carried out on the basis of a loan agreement, the standard form of which is currently not normatively approved. The mortgage purchase of grain was carried out during 2000–2014, and after 2014 the relevant funds for the state mortgage procurement of grain in the State Budget was not provided, and the relevant agreements in the agricultural market were not concluded.

Key words: agricultural market; agricultural production; grain; grain market; mortgage purchase of grain; sale of grain.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.67

УДК: 343.9.024 (477)

Г.П. ЖАРОВСЬКА

*Галина Петрівна Жаровська, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича**

ORCID: 0000-0003-0326-5269

ТРАНСНАЦІОНАЛЬНА ОРГАНІЗОВАНА ЗЛОЧИННІСТЬ: ДЕСТРУКТИВНИЙ ФЕНОМЕН ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

Постановка проблеми. У третє тисячоліття людство увійшло із величезними здобутками й прорахунками. У лексиконі людини з'явилося нове слово, яке не тільки пасивно супроводжує інтенсивний розвиток людської цивілізації, а й бере у цьому процесі безпосередню активну участь.

Глобалізація... Вона стала чи не найзагальнішим явищем сучасності; об'єктивною реальністю, без якої важко уявити політичний, економічний, соціальний чи культурний поступ суспільства. Термін «глобалізація» з'явився в одному із американських словників у 1951 р., хоч у більш ранніх публікаціях післявоєнного періоду вказувалось на падіння рівня інтернаціоналізації в перші роки ХХ ст. Проте справжній інтерес до цього явища проявився в 80-х і різко зріс протягом 1990–2000-х рр.¹⁶

Розвиток світової економіки упродовж періоду з 1980 р., який супроводжувався тріумфальною ходою глобалізації, що базувалася на неоліберальних рецептах, призвів до небувалого накопичення різного роду дисбалансів та асиметрій у світовій системі, які поступово розхитали механізми її стабілізації, зробили їх малоефективними. Глобальні дисбаланси та асиметрії стали не просто швидко набувати характеру ризиків і вести до посилення невизначеностей: вони стали чинниками настання структурної кризи в різних сферах соціально-економічного та культурного розвитку, а згодом – і загальносистемної кризи світового правопорядку та людських цінностей.

Система міжнародної безпеки за останні роки неодноразово піддавалась серйозним випробуванням, оскільки світ потрясли економічні кризи, соціальні революції та військові конфлікти. Питання-домінанта, що водночас і в тому числі охоплює і Україну та увесь світ – тероризм.

Глобалізація має свої позитивні й негативні наслідки. При цьому «позитивність» і «негативність» нерівномірно розподіляються по країнах і регіонах. Тому не випадково термін «глобалізація» викликає суперечності. Одні вчені вважають, що це передвістя міжнародного громадянського суспільства, початок нової ери світу і демократизації. Для інших глобалізація означає економічну й політичну гегемонію Америки, в результаті чого культура в усьому світі стане однорідною і перетвориться на щось на зразок метастазів Диснейленду¹⁵. Звідси – рух антиглобалістів, протести проти всесвітньої «макдоналізації», масові заворушення в паризьких передмістях і, зрештою – ісламський фундаменталізм.

Такі кардинальні зміни неможливі поза контекстом аналізу глибинних змін у людській свідомості, світоглядних орієнтаціях, системах панівних ідентичностей та цінностей і способах розуміння сенсу людського буття. І це привертає зростаючу увагу дослідників до таких змін та активізує намагання знайти спільні відповіді на ключові питання, які постають у цьому контексті. Таким чином, **завданням** даної статті є виявлення впливів новітніх глобальних викликів розвитку цивілізації на криміналізацію злочинності з **метою** подальшого пошуку ефективних векторів протидії транснаціональній організованій злочинності в Україні.

Що являє собою транснаціональна організована злочинність як явище сучасності? Сучасна організована злочинність є міжнародним феноменом, у зв'язку з чим в юридичній лексикі широкого застосування набув термін «транснаціональна організована злочинність». Сам цей термін виник у міжнародно-правовій лексикі наприкінці ХХ ст., що свідчить про те, що міжнародне співтовариство із запізненням реагувало на стрімке зростання транснаціональної організованої злочинності: лише на П'ятому конгресі ООН з попередження злочинності і поведіння з правопорушниками (Женева, 1975 р.) було вперше визнано, що злочин-

© Г.П. Жаровська, 2020

* *Halyna Zharovska, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

ність у формі міжнародного бізнесу являє собою більш серйозну загрозу, ніж традиційні форми злочинної поведінки¹³. У цьому терміні хоч і відображений транснаціональний характер злочинної діяльності, що виходить за межі однієї держави та «кооперація» злочинців на міжнародному рівні, проте саме поняття «транснаціональна злочинність» розмите.

Незважаючи на те, що цей термін активно використовується вже майже 40 років, саме поняття «транснаціональний», або «транскордонний» викликає питання не лише у працівників правоохоронних органів, а й у науковців, експертів, оскільки чітке визначення цього явища відсутнє в науковій літературі, національних та міжнародних нормативних документах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зазначити той факт, що як самостійний напрям у теорії міжнародних відносин, який акцентує їх просторовий вимір, транснаціоналізм бере свій початок у західній геополітичній науці. Серед західних вчених найбільш авторитетними з питань транснаціоналізації вважаються К. Тьюгендхет¹⁹, Дж. Даннінг¹, К. Коджима², А. Рагман³, які уявляли міжнародні відносини як поле взаємодії не лише держав, а й недержавних акторів і організацій, що розвивають транскордонну взаємодію. Цих учених звинувачували в тому, що вони перебільшують значення спостережуваних процесів, тоді як держава залишається поза конкуренцією при виконанні найважливіших політичних, соціальних та економічних функцій. Однак у 90-ті рр. ХХ ст. прогрес в інформаційних і комунікаційних технологіях, ліберальні умови економічної глобалізації, поширення практики подвійного громадянства і велика терпимість до етнічного і релігійного плюралізму в національних рамках, поряд з багатьма іншими чинниками, змусили фахівців знову голосніше заговорити про транснаціоналізацію. Таким чином, підвищення інтересу до явища транснаціональності в останні десятиліття пов'язане з усвідомленням того, що відбувається «стиснення» простору і часу, що веде до реорганізації суспільно-політичних відносин у світі, де помітнішими стають недержавні суб'єкти, чия активність долає національно-державні кордони. У 2000-х рр. національні уряди і багаточисленні організації стали все більше переносити свою увагу з традиційних загроз на потенційно катастрофічні ризики (поширення інфекційних хвороб, деградація навколишнього середовища, транснаціональна злочинність і тероризм, фінансові кризи), не стримувані державними кордонами¹⁸.

Слід виділити роботи А.А. Грищенко, Д.О. Гуртова, А.В. Жеваго, Т.В. Орехової, О.В. Татаренко, І.О. Шульги та ін. На підставі цих досліджень ми можемо судити про те, що для держави трансформація політичних просторів під впливом транснаціоналізації – це не лише нові переваги, а й серйозний виклик. Наявні контури нового світового порядку, з притаманною йому багаторівневою структурою, в якій важливе місце відводиться зовсім новим силам впливу (економічного і політичного), що раніше цілком перебували під державним контролем. Дані дослідження, на наш погляд, містять достатньо обґрунтовані положення й висновки, здатні забезпечити концептуальну основу наукових досліджень з питань транснаціоналізації, однак роботи зазначених вище авторів, як правило, присвячені вивченню економічної транснаціоналізації крізь призму українських стратегічних інтересів, що не дає змоги повною мірою використовувати їх для пояснення цього процесу як загальної тенденції розвитку світової транснаціональної злочинності.

Якщо ж звернутися до теоретичних досліджень у сфері транснаціональної злочинності, то тут має місце розбіжність поглядів, трактувань, дефініцій.

Як зазначає А. Дорошенко, проблема виникнення, формування та розвитку транснаціональної злочинності розглядається більшістю дослідників як в Україні, так і за кордоном у загальному контексті виникнення злочинності та розвитку її організованих форм⁹.

Серед теоретичних напрацювань щодо її природи та виникнення можна виділити еволюційну теорію, коли поява транснаціональної злочинності розглядається як наслідок розвитку організованої злочинності, кожна система, що розвивається, намагається вийти за межі усталеного простору. Колективом авторів цієї теорії можна вважати А.І. Гурова, В.Н. Кудрявцева, В.Є. Емінова, В.О. Яценко та ін.

У свою чергу, витоки транснаціональної злочинності окремі фахівці вбачають в еволюції етнічно-родинної злочинності і зазначають, що певні системи організованої злочинності формувались як традиційні неформальні системи, які виникали на засадах родинності (клановості) у рамках особливої системи культурних цінностей або за певних історичних обставин. В основі цієї моделі «родинного порозуміння» знаходиться концепція «родини», що сформувалася на півдні Італії. Родина тут виступала не лише родинним, а й діловим угрупованням. Інтернаціоналізація родин внаслідок міграційних процесів і поява на основі етнічних мереж організованої транснаціональної злочинності стала логічним завершенням розвитку цієї моделі⁸.

На нашу думку, помилковою здається позиція, коли транснаціональна злочинність уособлюється із етнічною злочинністю, або з мафією, оскільки ці форми злочинності не обов'язково пов'язані із виходом за межі національних кордонів, можуть достатньою мірою комфортно існувати в межах одного регіону, контролюючи певну сферу економіки, кримінальної або ж легальної. Головною ж ознакою транснаціональної злочинності треба вважати не національну приналежність членів злочинної організації, а саме інтернаціональний характер злочинних операцій. У цьому контексті справедливою є думка, що у терміні «транснаціональна злочинність» відображені два значення: 1) транснаціональний характер злочинної діяльності, що виходить за межі однієї держави, свого роду «інтернаціоналізація у просторі»; 2) «згуртованість» злочинців різних держав, тобто «інтернаціоналізація за колом осіб», створення інтернаціональних злочинних співтовариств¹¹.

Аналіз наукових досліджень дає змогу констатувати той факт, що сучасна наукова думка розходиться у принципових питаннях, які стосуються транснаціональної організованої злочинності, а саме, відсутня єдність щодо віднесення транснаціональних організованих злочинних організацій до самостійної форми злочинності, ряд вчених, зокрема П. Пожидаєв, І.В. Пшеничний, А.Д. Дорошенко, М.Г. Вербенський, Н.Є. Міняйло, Е.В. Расюк та ін. вважають, що транснаціональні злочинні організації є підвидом загальної організованої злочинності, наголошуючи, що «за останні десятиліття ХХ століття організована злочинність

набула вищої форми свого розвитку і стала носити транснаціональний характер». Суттєво відрізняється і перелік ознак, які характеризують це явище, що дає підстави для того, щоб не розглядати транснаціональну організовану злочинність як самостійне явище сучасного кримінального світу.

Аналіз досліджень, які були проведені вищевказаними авторами, засвідчує, що наукова думка сходиться на тому, що транснаціональна організована злочинність виступає як закономірний результат розвитку злочинної діяльності суспільства, його організованих сфер і являє собою більш витончену систему організованої злочинної діяльності.

Такий же підхід є характерним і для міжнародних конвенцій, нормативно-правових актів, які присвячені проблемі кримінальної транснаціоналізації. У Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності відсутнє чітке визначення транснаціональної злочинності, а лише пояснюються терміни, які характеризують це негативне явище¹².

Разом із тим сучасні реалії розвитку транснаціональної злочинності засвідчують, що вона набула принципово нової якості, а отже, не просто розвивається і перетворюється на злочинні організації різного ступеня організаційної складності, численності та міри впливу, але трансформується і здатна утворювати квазідержавні утворення кримінальної спрямованості, які намагаються за допомогою терористичної діяльності, на основі прямої агресії, у тісному контакті із іноземними спеціальними службами, створювати регіони, в яких не діє право, але діють кримінальна мораль та кримінальний спосіб існування в усіх сферах суспільного буття.

Це дає підстави стверджувати, що транснаціональна організована злочинність виникла не на основі плавного переходу від організованої злочинності, а на основі трансформації. **Трансформація** – це дія або процес зміни форми, вигляду, природи або характеру суспільства або окремої структури. Трансформація означає перетворення сутнісних компонентів соціуму, всіх сторін сфер суспільного життя, в тому числі й злочинності. Трансформація – це процес набуття нових рис. Головне у цьому процесі – перетворення форм і змісту явища, тому необхідно вирішувати питання про механізми перетворень, початкову форму, риси й властивості нової форми.

Безумовно, сучасну транснаціональну організовану злочинність відрізняють від традиційної організованої злочинності як витоки, так і характерні, унікальні ознаки, на які вказані вище науковці не звертають належної уваги. Відповідно, можемо стверджувати, що транснаціональний характер злочинної діяльності – це не плаваюча ознака організованої злочинності як такої, а окрема форма злочинності.

Водночас, на нашу думку, ці теоретичні напрацювання характеризують з різних боків фактично явище **сучасної цивілізації** – транснаціональну злочинність, яка створена людською цивілізацією, є об'єктивним продуктом цивілізаційних процесів.

Протягом тривалого часу багато представників соціальних наук вважали, що злочинність – це нормальна функція суспільства. Наприклад, Френк Танненбаум писав у 1943 р.: «Злочинність вічна так само, як і суспільство ... Чим складніше воно стає, тим важче в ньому індивіду і тим частішими бувають його зриви. Величезне число санкцій і законів, які треба дотримуватися, тільки посилює зло». На думку Дж. Флоріти, злочинність, як і гріх, – нормальне явище в суспільстві; ненормальними ж є придумані людьми санкції та закони. Еміль Дюркгейм висловлював подібну точку зору ще в 1890 р. В. Бонгер говорив, що сама структура сучасних суспільств постійно призводить певну частину населення до конфлікту з правозастосовною системою⁸. В. Фокс у монографії «Введение в криминологию» вказує: «Злочинність – побічний продукт цивілізації. В основі будь-якого пояснення злочинності повинно лежати розуміння поведінки, розуміння розвитку суспільства і системи кримінального правосуддя, що забезпечує контроль над поведінкою»²⁰.

Отже, на думку дослідників цього явища, можна виявити об'єктивні процеси, що безпосередньо сприяють переростанню злочинності у свій транснаціональний різновид. По-перше, це розвиток міжнародних зв'язків у політичній, економічній та соціальній сферах. По-друге, формування транснаціональних корпорацій у певних галузях промисловості. По-третє, об'єднання представників різних країн світу в міжнародні громадські організації. По-четверте, це «розмивання державних кордонів», що виявляється у значному спрощенні візового режиму між низкою держав світу та відкритості сучасного суспільства для широких потоків робочої сили¹⁰.

Аналіз показує, що проблеми глобалізації знаходяться, переважно, в центрі уваги економістів, соціологів, філософів, але не юристів. Між тим, проблема глобалізації має безпосереднє відношення до проблеми детермінації злочинної поведінки і тому повинна бути в центрі уваги криминологів.

Яким чином процеси глобалізації зв'язані із транснаціональною злочинністю? Вивчаючи проблеми взаємозв'язку глобалізації та злочинності, вчені виходять з того, що в сучасних умовах, під впливом тих умов, які створені глобалізацією, відбувається зміна структури злочинності, переоцінка її суспільної небезпеки і, як зазначає К.М. Рахманова, вплив глобалізації на злочинність полягає в її трансформації на національному рівні, в її намаганнях активно використовувати наслідки та переваги глобалізації у злочинній діяльності, залучитися до процесів «транснаціоналізації»¹⁷.

Відомий німецький дослідник глобалізаційних процесів наприкінці ХХ ст. У. Бек у праці «Що таке глобалізація? Помилки глобалізму – відповіді на глобалізацію» схильний розглядати її як «діалектичний процес, що створює транснаціональні соціальні зв'язки і простори, знецінює локальні культури і сприяє виникненню третіх культур», «непоборну умову людської діяльності наприкінці ХХ століття»⁵.

Дійсно, глобалізація характеризується такими позитивними рисами, як покращення міждержавних відносин, підвищення прозорості кордонів, розвиток світової торгівлі, збільшення обсягу міжнародних перевезень, розширення міжнародного ринку праці. Водночас покращення державних і міжнародних відносин, розширення економічних і соціальних зв'язків, підвищення «прозорості» кордонів, спрощення міжнародних

поїздок, розвиток міжнародної торгівлі, поява нових ринків збуту, збільшення міжнародних перевезень не тільки полегшують життя людей у міжнародному співтоваристві, а й створюють комплекс можливостей для активної діяльності транснаціональної організованої злочинності.

Розвиток міжнародних фінансових мереж, за допомогою яких здійснюється швидкий переказ грошей у потрібне місце і потрібним людям, з одного боку, серйозно ускладнює процес регулювання і контролю грошових потоків державами, а з іншого – полегшує приховування грошей, отриманих злочинним шляхом, і їх відмивання в тих країнах, у яких це можливо і безпечно.

Посилення економічної кризи й утворення в різних країнах етнічних діаспор успішно використовують організовані злочинці з інших країн для створення національних угруповань, які відрізняються більшою згуртованістю і захищеністю від правоохоронних органів. Національна солідарність, а іноді й родинні зв'язки, мовний та культурний бар'єри надійно захищають такі угруповання від проникнення в них сторонніх осіб.

Розбіжності в кримінальному законодавстві і правосудді різних країн використовують злочинні співтовариства для більш безпечного здійснення необхідних операцій: відмивання грошей в країнах, у яких відсутня відповідальність за ці дії; ухилення від податків у так званих податкових притулках (офшори, вільні зони) і в країнах з низьким податковим тягарем; заняття постачаннями незаконних товарів і послуг у регіони зі слабким правовим регулюванням даної комерційної діяльності; вибір місця перебування базової організації на територіях з нерозвиненим кримінальним законодавством щодо організованої злочинності тощо.

Багатонаціональні мегаполіси, які є центрами ділової активності і вузловими елементами світової економічної системи, уміло використовуються як перевалочні бази для заборонених товарів і фінансових розрахунків організованих злочинців, простежити діяльність яких практично неможливо на тлі величезних товарних і грошових потоків.

Демократичні перетворення, що відбуваються в багатьох країнах і часто пов'язані з руйнуванням колишніх систем контролю та повільним становленням адекватного демократичного регулювання, із суверенізацією й автономізацією регіонів, політичною та економічною нестабільністю, як правило, корелюють зі значним ослабленням боротьби зі злочинністю в цілому, що вміло використовують організовані злочинці.

Швидке збільшення кількості нових споживчих товарів і послуг, поширення психології споживання і філософії життя одним днем, комерціалізація життя в бідних країнах сприяють поширенню комплексів соціальної несправедливості та корумпованості державних службовців, що є однією з умов виживання транснаціональної організованої злочинності.

Отже, цілком обгрунтовано можна стверджувати про формування транснаціонального кримінального середовища як антипода законслухняному суспільству. Сучасні глобалізаційні процеси викликали деструктивний феномен – **транснаціоналізацію злочинності**. У цих умовах багато злочинних угруповань діють крізь кордони держав, а не зосереджують свою діяльність у будь-якій одній країні. В одних випадках така злочинна діяльність здійснюється в межах одного регіону, в інших – світового масштабу. Однак, хоч якими б були географічні кордони злочинних операцій, очевидно, що організована злочинність не обмежується місцевою активністю.

Про те, що глобалізація являє собою фактор, який визначає розвиток злочинності, було заявлено на рівні ООН у доповіді «Глобалізація злочинності: оцінка загрози міжнародної організованої злочинності»⁴.

Отже, **глобалізація злочинності є нині головною тенденцією її кримінальної трансформації**. Сучасні злочинні організації розповсюдили свою діяльність на всі регіони світу, витягуючи злочинні доходи буквально з усього, будь то занепад політичного ладу, погіршення економічної ситуації, зростання тіньової економіки, вільний доступ до зброї, наплив емігрантів та біженців тощо. Слід звернути увагу на те, що фактори інформаційної глобалізації на сьогодні породжують нові форми інтелектуальної злочинності, ефективних засобів боротьби з якими досі не створено.

Безпосередньо до ознак сучасної цивілізації, які вміло використовуються транснаціональною злочинністю, можна віднести:

1. Нові тенденції розвитку міждержавних та міжнародних відносин, розширення економічних і соціальних зв'язків, підвищення «прозорості» кордонів, розвиток міжнародної торгівлі, поява нових ринків збуту, збільшення міжнародних перевезень, що створює комплекс можливостей для активної діяльності транснаціональної організованої злочинності.

2. Розвиток міжнародних банківських, інших фінансових структур, інформаційних технологій, що сприяє швидкому переказу грошей з використанням електронних мереж.

3. Міграція населення, утворення в різних країнах етнічних діаспор, які мають власні традиції і власну ментальність, зокрема ментальність і традиції в злочинній сфері.

4. Наявність розбіжностей у законодавстві різних країн, що використовуються злочинними організаціями для здійснення тих або інших незаконних операцій.

5. Утворення глобальної логістичної інфраструктури, яка використовується для контрабандної діяльності, «торгівлі людьми».

Сьогодні ступінь криміналізації суспільства в цілому і держави Україна зокрема ставить під загрозу сам факт їх існування. Ми повинні усвідомлювати, що завершення процесу криміналізації держави здатний привести до утворення держави нового типу – держави кримінальної.

Які ключові фактори криміналізації держави як соціального феномена? Напевно, під кримінальною державою слід розуміти процес домінування кримінальних цінностей в системі світогляду і світосприйняття більшістю громадян і домінування системи кримінальних відносин, в тому числі й у системі управління, при декларуванні пріоритету формального права.

Корумпованість влади веде до її переродження в інститут злочинної експлуатації. Як справедливо зазначає В.В. Лунєєв, головною небезпекою була і є злочинність у поєднанні з високим посадовим становищем, інтелектом і багатством¹⁴.

Транснаціональна організована злочинність – реальний крок до криміналізації суспільства. Серед основних факторів криміналізації суспільства можна виділити:

1. Ціннісний вакуум (відсутність цільових ціннісних орієнтирів, вирішення завдань вузьких груп-інтересів), ціннісні орієнтири без підкріплення моральними цінностями втрачають свою суть. Слабка держава і відсутність цінностей у суспільстві – це найгірша комбінація для нього ж і найвигодніша для прогресу злочинності.

2. Інформаційний вплив, який виправдовує і легітимізує кримінальні явища.

3. Одне із завдань злочинності – рекрутування людей у кримінальне «антисуспільство».

Слід зазначити, що фактори криміналізації держави розглядаються нами не щодо держави як окремо взятої країни, а як до політичного інституту:

– нестабільність, аритмічність, асинхронність державного розвитку веде до соціальної не адаптованості, розшарування соціуму;

– розшарування соціуму порушує соціальну рівність, дестабілізує систему управління (законодавчу, виконавчу, правозастосовну). Вони починають відставати від соціального розвитку. На цьому фоні розвиваються нові види злочинності, які базуються на відставанні в законах від реального життя.

Сучасний «глобалізований», орієнтований на нібито загальнолюдські цінності, соціальний прогрес руйнує нормативну стіну легальними, напівлегальними і кримінальними діями. Саме такі трансформації суспільства є поживним середовищем для трансформації організованої злочинності.

Тому зараз на часі є розробка принципово нового підходу до вивчення транснаціональної злочинності – соціокультурного, в основу якого можна покласти такий постулат – фактори розвитку транснаціональних злочинних угруповань, пов'язані із появою відповідних можливостей на глобальному рівні.

Перспективність соціокультурного підходу сьогодні пов'язана з його багатомірністю та певним універсалізмом, оскільки він дає змогу поєднання усталених компонентів (антропологічних, етнічних, культурних) людської історії, до яких звертається цивілізаційний підхід, та мінливих (соціальних, особистісних), на яких концентрує увагу формаційний. Саме соціокультурний підхід дає можливість дослідити конкретний фактичний матеріал, з'ясувати основні закономірності і напрями становлення світової цивілізації, їх специфіку й і дає можливість зіставити процеси розвитку цивілізацій.

Висновки. Використовуючи безумовно прогресивні цивілізаційні досягнення, сучасна організована злочинність на початку ХХІ ст. формує силу, яка загрожує сучасному світопорядку, утворює конгломерат, в якому традиційні методи злочинної діяльності інтегровані в новітні злочинні схеми, де корупція і залякування, вбивства, викрадення людей, сучасні банківські технології та засоби комунікації утворюють абсолютно новий деструктивний феномен – транснаціональну організовану злочинність.

Використовуючи перераховані вище фактори, а також володіючи значними фінансовими, організаційними, політичними ресурсами, транснаціональна організована злочинність має можливість не лише активно розвиватися, а й впливати на економічну безпеку держав, передусім тих, де ринкова економіка ще не набула рис цивілізованої соціально орієнтованої системи, здатної відторгати і активно протидіяти злочинній діяльності. Цілком справедливою є думка про те, що транснаціональна організована злочинність особливо активна в тих країнах, де правоохоронна система та система правосуддя перебувають на стадії формування (реформування), що дає змогу транснаціональним злочинним угрупованням активно протидіяти структурам та органам, які беруть участь у боротьбі із злочинністю⁶.

Сказане аж ніяк не означає, що загрози транснаціональної організованої злочинності носять локальний характер. Цей вид злочинності поширив сферу свого впливу на всі регіони світу, і розвинені економіки також страждають від злочинних транснаціональних організацій. Витоками даного явища є глобальні досягнення людської цивілізації в соціально-політичній, економічній, техніко-технологічній та інформаційній сферах, які вміло використовуються транснаціональними злочинними організаціями.

Відповідно, досліджуючи транснаціональну організовану злочинність як феномен, який створений, як це не парадоксально, соціокультурним розвитком людської цивілізації, по-перше, необхідно розуміти, що дане явище є цілком самостійним сегментом злочинності, що має свої ознаки і системні характеристики. По-друге, наукове визначення ознак транснаціональної організованої злочинності має ґрунтуватися на аналізі її системних взаємозв'язків, що дає змогу розв'язати завдання розробки та впровадження національної концепції боротьби із транснаціональною організованою злочинністю.

По-третє, досліджуючи дану проблему, необхідно усвідомити внутрішній зміст транснаціональної організованої злочинності, що дасть можливість уявити масштаб загрози, що має ґрунтуватися на аналізі її системних взаємозв'язків, і дасть змогу розв'язати завдання розробки та впровадження консолідованої концепції боротьби із транснаціональною організованою злочинністю на міжнародному рівні.

¹ Dunning J.H. Location and the multinational enterprise: a neglected factor? *Journal of International Business Studies*, Vol. 40, No. 1 (Jan., 2009). P. 5–19. URL: http://www.rcmewhu.com/upload/file/20150527/20150527105033_6820.pdf; Dunning J.H. The eclectic paradigm of international production: a restatement and some possible extensions. *Ibid.* 1988. V. 19. № 1. P. 1–31. URL: http://www.rcmewhu.com/upload/file/20150527/20150527105330_5707.pdf

² Kojima K. Macroeconomic versus international business approach to direct foreign investment. *Hitotsubashi Journal of Economics*. 1982. V. 23. № 1. P. 119. URL: <http://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/rs/bitstream/10086/7932/1/HJeco0230100010.pdf>

³ Rugman A.M. New theories of the multinational enterprise: an assessment of internationalization theory. *Bulletin of Economic Research*. 1986. V. 38. № 2. P. 101–108. URL: https://econpapers.repec.org/article/blabuecrs/v_3a38_3ay_3a1986_3ai_3a2_3ap_3a101-18.htm

⁴ The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment. URL: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf

⁵ Бек У. Что такое глобализация? Ошибки глобализма – ответы на глобализацию. Москва: Прогресс-Традиция. 2001. 304 с. С. 16.

⁶ Вербенський М.Г. Тенденції транснаціональної організованої злочинності в Україні. *Право і суспільство*. 2010. № 2. С. 101–106. С.102, 104.

⁷ Долгова А.И. Криминология: учеб. для вузов / 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2005. 912 с.

⁸ Донелли Т. Азиатская организованная преступность. *Информационный бюллетень НЦБ Интерпола Российской Федерации*. 1993. № 5. С. 50.

⁹ Дорошенко А.Д. Фактор транснаціональної злочинності в сучасних міжнародних відносинах: автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.04 / НАН України Ін-т світ. економіки і міжнар. віднос. Київ, 2003. 24 с.

¹⁰ Жаровская Г. Транснациональная преступность как часть украинского социума и мировой криминальной сферы. *Leges viatae: Revista stintifico-practica*. Nr. 9/2 (273). Republica Moldova, 2014. С. 46–49. С. 48.

¹¹ Зелинская Н.А. Международно-правовое определение транснационального организованного преступления. Информационное обеспечение протидії організованої злочинності : зб. наук. статей. Одеса, 2003. С. 83–98. С. 85.

¹² Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2000 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_789

¹³ Лукашук И.И. Международное уголовное право : учебник. Москва : Спарк, 1999. 287 с. С. 87.

¹⁴ Лунеев В.В. Глобализация и преступность. *Московский юридический форум «Глобализация, государство, право, XXI век»*. По материалам выступлений. Москва: Логос, 2004. С. 97–106. С. 99.

¹⁵ Многоликая глобализация. Культурное разнообразие в современном мире. Введение. Культурная динамика глобализации / Питер Л. Бергер; под ред. П. Бергера и С. Хантингтона. Москва: Аспект Пресс, 2004. 379 с.

¹⁶ Панкадж Гемават Мир 3.0: Глобальная интеграция без барьеров. Москва: Альпина Паблишер, 2013. 415 с. С. 26–27.

¹⁷ Рахманова Е.Н. Защита прав человека от преступности в условиях глобализации: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Северо-западная академия гос. службы. Санкт-Петербург, 2010. 379 с. С. 105.

¹⁸ Транснациональные политические пространства: явление и практика / отв. ред. М.С. Стрежнева. Москва: Изд-во «Весь Мир», 2011. 376 с. С. 45.

¹⁹ Тьюгендхэт К. Международные монополии. Москва: Прогресс, 1974. 296 с.

²⁰ Фокс В. Введение в криминологию. Москва: Прогресс, 1980. 312 с.

Резюме

Жаровська Г.П. Транснаціональна організована злочинність: деструктивний феномен глобалізації.

У статті досліджуються проблеми, пов'язані із впливом глобалізації на стан злочинності та фактори сучасних глобальних процесів, які формують її деструктивний феномен – транснаціональну організовану злочинність. У результаті дослідження зроблено висновки, що глобалізація злочинності є нині головною тенденцією її кримінальної трансформації; транснаціональна організована злочинність – реальний крок до криміналізації суспільства. Отже, цілком обґрунтовано можна стверджувати про формування транснаціонального кримінального середовища як антипода законослухняному суспільству.

Тому зараз на часі є розробка принципово нового підходу до вивчення транснаціональної злочинності – соціокультурного, в основу якого можна покласти такий постулат – фактори розвитку транснаціональних злочинних організацій пов'язані із появою відповідних можливостей на глобальному рівні.

Ключові слова: глобалізація, транснаціональна організована злочинність, системні зв'язки, кримінальна трансформація, ціннісний вакуум.

Резюме

Жаровская Г. Транснациональная организованная преступность: деструктивный феномен глобализации.

В статье исследуются проблемы, связанные с влиянием глобализации на состояние преступности и факторы современных глобальных процессов, которые формируют ее деструктивный феномен – транснациональную организованную преступность. В результате исследования сделаны выводы, что глобализация преступности является сейчас главной тенденцией ее уголовной трансформации; транснациональная преступность – реальный шаг к криминализации общества. Таким образом, вполне обосновано можно утверждать о формировании транснациональной криминальной среды как антипода законопослушному обществу.

Сейчас актуальной является разработка принципиально нового подхода к изучению транснациональной преступности – соціокультурного, в основу которого можно положить постулат – факторы развития транснациональных преступных организаций, связанные с появлением соответствующих возможностей на глобальном уровне.

Ключевые слова: глобализация, транснациональная организованная преступность, системные связи, уголовная трансформация, ценностный вакуум.

Summary

Halyna Zharovska. Transnational organized crime as a destructive phenomenon of globalization.

The article examines the problems associated with the impact of globalization on the state of crime and the factors of modern global processes that shape its destructive phenomenon – transnational organized crime. The study concluded that globalization of crime is now the main trend of its criminal transformation; transnational organized crime is a real step towards criminalization of society. Therefore, it is quite reasonable to assert that the formation of a transnational criminal environment is an antipode for a law-abiding society.

The main factors of criminalization of society include: value-vacuum (weak state and the lack of values in society – this is the worst combination for society and the most advantageous for the progress of crime); informational influence, which justifies and legitimizes criminal phenomenon; involvement people to the criminal society; instability. Besides improper state development leads to

social non-adaptability, stratification of society. The modern “globalized progress”, that focused on alleged human values destroys the normative base by legal, quasi-legal and criminal actions. Such transformation of society is the source for the transformation of organized crime.

It is actually nowadays to develop the fundamentally new attitude to the study of transnational crime, – sociocultural attitude, which can be based on such a postulate – the factors of the development of transnational criminal organizations associated with the emergence of appropriate opportunities at the global level.

During exploring the transnational organized crime as a phenomenon that paradoxically is created by socio-cultural development of human civilization, firstly, it is necessary to understand that this phenomenon is a completely separate segment of crime, which has its own and system characteristics.

Secondly, the scientific definition of the features of transnational organized crime should be based on an analysis of its systemic interactions, which will enable to solve the problem of developing and implementing a national and consolidated concept of combating transnational organized crime at the international level.

Key words: globalization, transnational organized crime, system connections, criminal transformation, value vacuum.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.68

УДК 343.14

Є.Д. СКУЛИШ, С.А. КУЗЬМІН, О.С. ГОРАЙ

*Євген Деонізієвич Скулиш, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, керівник Наукового центру правового забезпечення інформаційної і національної безпеки Науково-дослідного інституту інформатики і права Національної академії правових наук України**

ORCID: 0000-0001-9646-8473

*Сергій Аркадійович Кузьмін, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач кафедри Державного університету «Житомирська політехніка»***

ORCID: 0000-0002-0416-1093

*Олег Станіславович Горай, кандидат економічних наук, доцент Державного університету «Житомирська політехніка****

ORCID: 0000-0002-2181-7306

ДО ПИТАННЯ НЕОБХІДНОСТІ ВСТАНОВЛЕННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ УМОВ ДОПИТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В ЯКОСТІ СВІДКА ОСОБИ, ЯКА МАЄ ПСИХІЧНІ ВАДИ

Постановка проблеми. Показання, відповідно до ч. 2 ст. 84 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), належать до одного із чотирьох процесуальних джерел доказів у кримінальному провадженні. На практиці показання свідків, безумовно, є найбільш поширеним видом джерел доказів. Причина цього, вочевидь, обумовлена мінімальним переліком процесуальних обмежень, що висувається до осіб, які можуть бути допитані в якості свідків у кримінальних провадженнях. Безумовною потенційною перевагою доказового значення показань свідка є відсутність у нього заінтересованості в результатах провадження. За певних обставин у категорії свідків можуть опинитись і особи, які вже брали або беруть участь у справі в інших процесуальних статусах. Зокрема, це стосується потерпілих, підозрюваних, слідчих, прокурорів, експертів та інших.

Показово, що для окремих осіб процесуальне законодавство встановлює свідочий імунітет обов'язкового або факультативного характеру. У першому випадку законодавець передбачає пряму заборону допиту певних осіб у якості свідків. У другому – при факультативному імунітеті, особа має право відмовитися давати показання, але за власним бажанням вона може їх надати¹. Вказані положення законодавства мають на меті забезпечити достовірність наданих свідком показань через недопущення правового конфлікту та конфлікту інтересів.

© Є.Д. Скулиш, С.А. Кузьмін, О.С. Горай, 2020

* *Yevhenii Skulysh, Dr. hab. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Scientific Center for Legal Support of Information and National Security of the Research Institute of Informatics and Law of the NALS of Ukraine*

** *Sergiy Kuzmin, Ph.D. in Law, Senior Researcher Fellow, Head of the Department of Zhytomyr Polytechnic State University*

*** *Oleh Horai, Ph.D. in Economics, Associate Professor of Zhytomyr Polytechnic State University*

Крім того, в контексті оцінки показань свідка М.М. Міхеєнко повністю справедливо зауважував про необхідність врахування обставин, що дають підстави думати про помилкове уявлення або добросовісну помилку свідка щодо фактів, про які він дає показання². Саме це стосується допиту в якості свідків у кримінальному провадженні осіб, які мають психічні вади, оскільки тут вже потенційно є значна ймовірність отримання показань, що містять хибну інформацію про обставини справи.

Водночас чинне кримінальне процесуальне законодавство не містить чіткого механізму, що став би підставою для оцінки результатів допиту в якості свідка особи, яка має психічні вади. Це створює передумови для слідчих і судових помилок, порушення прав, свобод громадян, законних інтересів фізичних та юридичних осіб, що вочевидь є неприпустимим. Саме це викликає необхідність проведення поглибленого наукового дослідження за вказаною проблематикою та зумовлює відповідність представленій науковій праці **критерію актуальності**.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання інституту свідочього імунітету у кримінальному процесі безпосередньо досліджували такі вчені, як Р.П. Бараннік, М.Ю. Веселов, С.Г. Волкотруб, Г.В. Денисенко, В.О. Доманська, В.В. Заборовський, Т.С. Заремба, Н.М. Когут, В.В. Король, О.В. Крикунов, М.М. Міхеєнко, В.В. Навроцька, В.Е. Олещицька, О.Е. Омельченко, О.Є. Остапенко, М.М. Погорельський, Н.З. Рогатинська, С.Л. Савицька, С.М. Стахівський, О.В. Супрунова, П.Ю. Тимошенко, В.П. Шибіко, Л.Д. Удалова, О.М. Ярмач та інші.

При цьому ми маємо констатувати, що ступінь наукової розробки спеціальних процесуальних умов допиту в кримінальному провадженні особи, яка має психічні вади, в якості свідка, особливо в контексті сучасного кримінального процесуального законодавства, яким це питання, що викликає гострі суперечки, досі неврегульоване, є недостатнім.

Постановка наукового завдання. Представлена праця безпосередньо присвячена дослідженню дискусійних питань правового врегулювання умов допиту як свідка в кримінальному провадженні особи, яка має психічні вади, та обґрунтуванню базових засад для розробки відповідної проектонорми.

Виклад основного матеріалу дослідження. Чинний КПК України у частинах 2 та 4 ст. 65 встановлює перелік осіб, які не можуть бути допитані як свідки. Якщо керуватись загальними вимогами юридичної техніки правотворчості, то можливо дійти висновку про те, що наданий перелік осіб, які підпадають під дію свідочього імунітету, є вичерпним. Тобто такі підстави є виключними для прийняття рішення про відмову від допиту особи, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження.

Варто звернути увагу, що вже безпосередньо після набуття чинності КПК України вченими було порушено логічне питання про те, чи можуть бути допитані як свідки особи, визнані у цивільному порядку недієздатними, а також особи, які перебувають на обліку чи лікуванні у психіатричному лікувальному закладі та не здатні через свої психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати з цього приводу показання³.

Показовим тут є історичний досвід, від використання якого відмовився вітчизняний законодавець, приймаючи у 2012 р. «нашвидкуруч зроблений» КПК України.

Зокрема, за часів чинності Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р. (далі – КПК Української РСР) таке питання взагалі не могло виникнути. Причиною цього була наявність у Кодексі норми, передбаченої п. 3 ч. 1 ст. 69⁴. Вона встановлювала, що не можуть бути допитані як свідки особи, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них.

Конкретне положення містилось у нормі п. 2 ст. 62 Кримінально-процесуального кодексу УРСР 1927 р., що також передбачала заборону допиту в якості як свідків осіб, які через свої психічні дефекти нездатні об'єктивно сприймати явища, що мають значення для справи, і правильно про них свідчити⁵.

До речі, навіть у процесуальному законодавстві XIX ст., зокрема, у п. 1 ст. 93 та п. 1 ст. 704 Статуту кримінального судочинства Російської імперії 1864 р., зазначалось, що не допускаються до свідчення безумні та божевільні⁶.

Свого часу у спеціальній юридичній літературі про особливості застосування положення п. 3 ч. 1 ст. 69 КПК Української РСР зазначалось: «Якщо при допиті особи як свідка буде встановлено її психічне захворювання, необхідно призначати судово-психіатричну експертизу на предмет з'ясування, чи могла ця особа правильно сприймати факти, які мають доказове значення у справі і з приводу яких вона давала показання. При цьому достовірність показань такого свідка має оцінюватися з урахуванням як висновку експертизи про здатність його правильно сприймати факти, так і інших доказів, якими підтверджуються або спростовуються ці факти». «Судово-медична експертиза призначається тільки у випадках, коли фізичні вади особи дають підстави для сумнівів у її здатності сприймати певні факти»; «І якщо експертизою буде встановлено, що особа нездатна правильно сприймати обставини, які мають значення для справи, то вона не підлягає допиту як свідок»; «правила п. 3 ч. 1 ст. 69 КПК щодо призначення такої експертизи свідку, виходячи зі змісту ст. 167 зазначеного Кодексу, на потерпілого не поширюються»⁹.

У випадку, коли на стадіях досудового розслідування (дівання чи досудового слідства) відповідна судово-психіатрична експертиза не проводилась, це ставало підставою для прийняття судом рішення про повернення кримінальної справи на додаткове розслідування.

Така практика, у період до 20 листопада 2012 р., повністю відповідає роз'ясненням п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах»¹⁰. Зокрема, у п. 14 цієї постанови зазначено, що судово-психіатрична експертиза обов'язково призначається щодо особи, яка у зв'язку зі своїми психічними вадами нездатна правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, і давати показання про них.

Такий підхід був настільки логічним, що пропозиції про його застосування вченими висловлювались і після набрання чинності КПК України (2012 р.). Зокрема, О.В. Крикунов та М.О. Шумик вказують, що незважаючи на те, що КПК Української РСР (1960 р.) втратив чинність, «... така рекомендація залишається актуальною і дещо доповнює прогалину нового КПК. Вважаємо, що за наявності сумнівів у здатності свідка сприймати події, адекватно на них реагувати та правильно відтворювати їх у своїх показаннях слідчий, слідчий суддя, суд повинен призначити судово-психіатричну експертизу, результати якої впливатимуть на можливість допиту такої особи або використання вже отриманих від неї показань...»¹¹.

На наше переконання, з такою думкою не можна погодитися. Пленум Верховного Суду України прийняв 30 травня 1997 р. постанову № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» з метою усунення недоліків і роз'яснення питань, що виникають у судовій практиці при призначенні та проведенні експертиз відповідно до КПК Української РСР (1960 р.). Саме на норму ст. 69 цього Кодексу є посилання у п. 14 зазначеної постанови про обов'язкове призначення судово-психіатричної експертизи щодо особи, яка у зв'язку зі своїми психічними вадами нездатна правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, і давати показання про них. Таким чином, наведене роз'яснення вже не є актуальним і не може усувати вказану прогалину чинного національного кримінального процесуального законодавства.

Зауважимо, що окремі науковці зазначають, чому саме у ч. 2 ст. 65 КПК України серед переліку осіб, які не можуть бути допитані як свідки у кримінальному провадженні, немає осіб, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них.

Зокрема, І.Ю. Кайло підкреслює, що на перший погляд така ситуація є нормативною прогалиною. Водночас системний підхід до сприйняття положень чинного КПК «дає можливість висловити припущення, що законодавець свідомо не встановив заборону на прийняття показань осіб із фізичними й психічними вадами з метою надання суду права визначитися з питанням доцільності прийняття чи відхилення показань таких суб'єктів залежно від здатності тих чи інших вад вплинути на процеси сприйняття й відтворення інформації. За такої умови варто констатувати, що якщо відповідно до КПК України 1960 р. показання осіб із фізичними й психічними вадами оцінювались із позиції допустимості доказів, то розробники КПК України 2012 р. спробували перевести цю ситуацію в площину достовірності доказів»¹².

Ю.І. Лозинська пише, що причиною не включення до ст. 65 КПК вказаних осіб, очевидно, є врахування законодавцем того, що «заборона допитувати як свідка особу, яка через свої психічні чи фізичні вади не здатна правильно сприймати обставини справи і давати про них правильні показання, не може визнаватися імунітетом»¹³. При цьому вона посилається на точку зору В.Г. Даєва, що у такому разі йдеться не про звільнення від процесуального обов'язку, а про неможливість покладення його взагалі¹⁴.

Під час дії КПК Української РСР (1960 р.) окремі науковці також стверджували, що «немає підстав вважати заборону допитувати як свідків осіб, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення і давати показання про них, як один із видів імунітету свідків»¹⁵. Ця правова норма має більше спільного з положенням ч. 3 ст. 68 КПК Української РСР, відповідно до якого не можуть бути доказами дані, повідомлені свідком, джерело яких невідоме. Сам факт того, що законодавець використав для нормативного закріплення розглядуваної норми формулювання, яке зазвичай застосовується при визначенні норм про імунітет, не дає підстав вважати положення п. 3 ч. 1 ст. 69 цього Кодексу імунітетом свідків¹⁶.

Автори повністю поділяють думку В.М. Тертишника про те, що законодавець безпідставно виключив з переліку осіб, що не підлягають допиту як свідки, осіб, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них. «Здоровий глузд, між тим, визначає недоцільність допиту хворих на шизофренію, параною, білу гарячку та інші психічні захворювання, які ставлять під сумнів об'єктивність свідчень відповідних осіб»¹⁷.

До речі, заборона щодо допиту вказаних осіб міститься у п. 1 ч. 1 ст. 66 Кодексу адміністративного судочинства України¹⁸, п. 1 ч. 1 ст. 70 Цивільного процесуального кодексу України¹⁹, п. 1 ч. 1 ст. 67 Господарського процесуального кодексу України²⁰. Визначено, що не можуть бути допитані як свідки недієздатні фізичні особи, а також особи, які перебувають на обліку чи на лікуванні у психіатричному лікувальному закладі й не здатні через свої фізичні або психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати показання.

Звернення до зарубіжного досвіду держав, так званого «пострадянського простору» дає підстави констатувати, що положення про заборону допиту як свідків осіб, які через свої психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них, містяться у кримінальному процесуальному законодавстві багатьох країн. Зокрема, така заборона передбачена п. 2 ч. 2 ст. 60 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Білорусь²¹, п. 1 ч. 3 ст. 90 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Молдова²², п. 4 ч. 2 ст. 82 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Казахстан²³, п. 4 ч. 4 ст. 60 Кримінально-процесуального кодексу Киргизької Республіки²⁴, п. 3 ст. 115 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Узбекистан²⁵.

У ч. 2 ст. 120 Модельного КПК для держав-учасників Співдружності Незалежних Держав вказано, що не підлягають допиту як свідки особи, які через свої фізичні або психічні недоліки не можуть правильно сприймати та відтворювати обставини, які підлягають встановленню у кримінальній справі²⁶.

Деякі науковці акцентують увагу на тому, що потрібно нормативно врегулювати питання про заборону допиту у кримінальному провадженні як свідків осіб, психічний стан яких не дозволяє їм правильно сприймати події та вірно відтворювати їх у своїх показаннях.

Так, І.Ю. Кайло пропонує внести зміни до ч. 2 ст. 65 КПК, «встановивши заборону допиту свідків, які відповідно до висновку судово-психіатричної експертизи не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, та давати показання про них»²⁷.

У юридичній літературі містяться пропозиції про необхідність доповнити ч. 2 ст. 65 КПК України п. 11 такого змісту: «Особи, які за медичними даними, що містяться у кримінальному провадженні або надані в судовому засіданні повноважними учасниками кримінального провадження за згодою самого суб'єкта або його опікуна (піклувальника), через свої психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання з приводу них»²⁸.

Також від науковців надходять пропозиції щодо необхідності заборони допиту як свідків осіб, які через фізичні вади не здатні правильно сприймати обставини, що мають значення для кримінального провадження. На нашу думку, слід підтримати пропозицію внести доповнення до ч. 2 ст. 65 КПК України про те, що «не можуть бути допитані як свідки особи, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої психічні або фізичні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них»²⁹.

Як уже зазначалось вище, кримінальне процесуальне законодавство багатьох країн містить положення про заборону допиту як свідків осіб, які через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти доказового значення і давати показання про них. Крім того, у цих Кодексах містяться норми, які зобов'язують слідчого, суд призначати відповідну експертизу для встановлення такої обставини.

Зокрема, у п. 5 ст. 143 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Молдова передбачено, що експертиза призначається та проводиться у обов'язковому порядку для визначення психічного та фізичного стану свідка, якщо виникає сумнів у його здатності правильно сприймати обставини, які мають значення для справи, та давати показання про них³⁰.

Згідно з п. 4 ст. 241 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Казахстан³¹, п. 4 ст. 200 Кримінально-процесуального кодексу Киргизької Республіки³², п. 5 ч. 2 ст. 173 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Узбекистан³³ призначення та проведення експертизи обов'язкове, якщо у справі необхідно встановити психічний або фізичний стан свідка у випадках, коли виникає сумнів у його спроможності правильно сприймати обставини, що мають значення для справи та давати щодо них показання.

На наш погляд, така позиція зарубіжних законодавців є правильною.

Висновки. На підставі викладеного вище автори пропонують доповнити ч. 2 ст. 242 КПК України нормою про обов'язкове призначення та проведення судової експертизи для встановлення психічного стану свідка, якщо під час досудового слідства або судового розгляду справи виникає сумнів щодо спроможності такої особи правильно сприймати обставини, які мають значення для кримінального провадження та давати показання про них.

¹ Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків: Право, 2013. 824с. С. 157.

² Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України : (за станом на 1 серп. 1995 р.) / М.М. Міхеєнко, В.П. Шибіко, А.Я. Дубинський. Київ: Юрінком Інтер, 1995. 639 с. С. 117.

³ Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. / за ред. О.А. Куйбіди, М.І. Хавронюка. Харків: Фактор, 2013. 1072 с. С. 196.

⁴ Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України : (за станом на 1 серп. 1995 р.) / М.М. Міхеєнко, В.П. Шибіко, А.Я. Дубинський. Київ: Юрінком Інтер, 1995. 639 с. С. 118.

⁵ Кримінально-процесуальний кодекс Української РСР. Київ: Державне вид-во політичної літератури УРСР, 1958. 159 с.

⁶ Российское законодательство X–XX веков. Москва: Юрид. лит., 1991. Т. 8: Судебная реформа. 496 с.

⁷ Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Т. Малайренка, В.Г. Гончаренка. 5-е вид., переробл. та доп. Київ: Юрисконсульт. КНТ, 2008. 896 с. С. 112–113.

⁸ Панєвін О.С., Хоменко М.Г. Деякі питання, що виникли в практиці призначення судових експертиз. *Вісник Верховного Суду України*. 2000. № 6. С. 29–31.

⁹ Погорєцький М.А., Сліпченко В.І. Складні питання, що виникають при призначенні судово-психіатричної експертизи. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 8. С. 30–35. С. 31

¹⁰ Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах: постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8. *Постанови пленумів Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України в кримінальних та адміністративних провадженнях* / Упоряд. С.А. Кузьмін, М.С. Кучеренко. Київ: ПАЛІВОДА А.В., 2017. С. 467–474.

¹¹ Крикунов О.В., Шумик М.О. Допит як свідків осіб, що мають фізичні чи психічні вади: прогалини у чинному КПК. Теорія і практика сучасного кримінального права, кримінології, кримінального процесу та криміналістики: зб. наук. тез за матеріалами міжкафедрального круглого столу. Луцьк: СПД «Волиньполіграф», 2012. С. 70–76. С. 74.

¹² Кайло І.Ю. Належне процесуальне джерело як один із критеріїв допустимості доказів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 2. С. 246–249. С. 248.

¹³ Лозинська Ю.І. Достовірність показань свідка та її з'ясування у кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Львів, 2018. 259 с. С. 110.

¹⁴ Даєв В.Г. Імунитети в уголовно-процессуальной деятельности. *Правоведение*. 1992. № 3. С. 48–52. С. 51.

¹⁵ Волкотруб С.Г. Імунітет і проблеми його захисту в кримінальному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2003. 19 с. С. 13.

¹⁶ Волкотруб С.Г. Інститут імунітету свідків у кримінально-процесуальному законодавстві. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 1. С. 136–141. С. 138.

¹⁷ Тертишник В.М. Кримінальний процес України. Загальна частина: підручник. Академічне видання. Київ: Алерта, 2014. 440 с. С. 247.

¹⁸ Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446.

- ¹⁹ Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.
- ²⁰ Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.
- ²¹ Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Беларусь. Минск: Акад. МВД, 2011. 332 с.
- ²² Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Молдова. Кишинев: Lavilat – Info, 2011. 210 с.
- ²³ Когамов М.Ч. Коментарій к Уголовно-процесуальному кодексу Республіки Казахстан. Общая и Особенная части. Алматы : Жеті жаргы, 2008. 896 с.
- ²⁴ Научно-практический комментарий к Уголовно-процесуальному кодексу Кыргызской Республики. Бишкек : Юринфо, 2008. 704 с.
- ²⁵ Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Узбекистан. Ташкент: Адолат, 2010. 672 с.
- ²⁶ Модельный Уголовно-процесуальный кодекс для государств-участников СНГ. Рекомендательный законодательный акт. Принят на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1996 года. *Приложение к «Информационному бюллетеню»*. 1996. № 10. 373 с.
- ²⁷ Кайло І.Ю. Належне процесуальне джерело як один із критеріїв допустимості доказів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 2. С. 246–249. С. 249.
- ²⁸ Кузьменко В. Окремі питання, що виникають при призначенні психіатричної експертизи у кримінальному процесі. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 2. С. 25–29. С. 28.
- ²⁹ Крикунов О.В., Шумик М.О. Вказана праця. С. 75.
- ³⁰ Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Молдова. Кишинев: Lavilat – Info, 2011. 210 с.
- ³¹ Когамов М.Ч. Коментарій к Уголовно-процесуальному кодексу Республіки Казахстан. Общая и Особенная части. Алматы : Жеті жаргы, 2008. 896 с.
- ³² Научно-практический комментарий к Уголовно-процесуальному кодексу Кыргызской Республики. Бишкек: Юринфо, 2008. 704 с.
- ³³ Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Узбекистан. Ташкент: Адолат, 2010. 672 с.

Резюме

Скулиш Є.Д., Кузьмін С.А., Горай О.С. До питання необхідності встановлення спеціальних умов допиту в кримінальному провадженні в якості свідка особи, яка має психічні вади.

У праці в контексті наукового аналізу положень сучасного національного кримінального процесуального законодавства, історичного та зарубіжного досвіду проведено дослідження дискусійних питань щодо спеціальних умов допиту як свідка в кримінальному провадженні особи, яка має психічні вади. За результатом дослідження вироблено пропозицію про внесення змін до чинного кримінального процесуального законодавства. Зокрема, запропоновано доповнити КПК України нормою про обов'язкове призначення та проведення експертизи для встановлення психічного стану свідка за наявності сумнівів щодо спроможності такої особи правильно сприймати обставини, які мають значення для кримінального провадження та давати показання про них.

Ключові слова: свідочий імунітет, джерело доказів, судово-психіатрична експертиза, допит свідка, психічні вади.

Резюме

Скулиш Є.Д., Кузьмін С.А., Горай О.С. К вопросу необходимости установления специальных условий допроса в криминальном проведении в качестве свидетеля лица, имеющего психические недостатки.

В работе в контексте научного анализа положений современного национального криминального процессуального законодательства, исторического и зарубежного опыта проведено исследование дискуссионных вопросов относительно специальных условий допроса как свидетеля в криминальном проведении лица, которое имеет психические недостатки. За результатом исследования внесено предложение о внесении изменений в действующее криминальное процессуальное законодательство. В частности, предложено дополнить КПК Украины нормой об обязательном назначении и проведении экспертизы для установления психического состояния свидетеля при наличии сомнений относительно способности такого лица правильно воспринимать обстоятельства, которые имеют значение для криминального проведения и давать показания о них.

Ключевые слова: свидетельский иммунитет, источник доказательств, судебно-психиатрическая экспертиза, допрос свидетеля, психические недостатки.

Summary

Yevhenii Skulysh, Sergiy Kuzmin, Oleh Horai. On the issue of the necessary establishment of special conditions for interrogating a person with mental disabilities as a witness in criminal proceedings.

The article presents the study of debatable issues of legal regulation of conditions for interrogating a person with mental disabilities as a witness in criminal proceedings, as well as the substantiation of the basic principles for the relevant draft norm.

This problem is caused by the fact that national criminal procedural legislation of Ukraine does not contain a specific mechanism that would be the basis for assessing the results of interrogating a person with mental disabilities as a witness.

In particular, the Criminal Procedural Code of Ukraine enumerates persons who cannot be interrogated as witnesses. The relevant grounds allow an investigator, prosecutor, investigating judge, or court to decide not to interrogate a person who is aware or may be aware of the circumstances to be proved in criminal proceedings. At the same time, the forensic expert findings on this person's ability to perceive the facts cannot be taken into account in order to assess the reliability of the testimony of a witness with mental disabilities, and such an expert examination in criminal proceedings cannot be prescribed.

As a result, preconditions are formed for investigative and judicial errors, violation of rights and freedoms of citizens and legitimate interests of individuals and legal entities, which is obviously unacceptable for the modern legal, social, and democratic state Ukraine seeks to become.

The controversial issues on special conditions of interrogating a person with mental disabilities as a witness in criminal proceedings have been studied in the context of scholarly analysis of the provisions of modern national criminal procedural legislation, historical experience, and relevant norms of foreign criminal procedure.

As a result of the research, a proposal to amend the criminal procedural legislation in force is developed and substantiated. In particular, it is proposed to supplement the criminal procedural legislation of Ukraine with a norm on mandatory prescription of an expert examination to establish the mental condition of a witness in case of doubt about the ability of this person to correctly perceive the circumstances, relevant to criminal proceedings, and testify about them.

Key words: witness immunity, source of evidence, forensic psychiatric expert examination, interrogation of a witness, mental disabilities.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.69

УДК 343.13

А.П. БЕГМА, Г.В. МУЛЯР, О.С. ХОВПУН

*Андрій Петрович Бегма, кандидат юридичних наук, доцент Академії праці, соціальних відносин і туризму, адвокат**

ORCID: 0000-0003-3009-2850

*Галина Володимирівна Муляр, кандидат історичних наук, доцент Академії праці, соціальних відносин і туризму***

ORCID: 0000-0003-2636-0509

*Олексій Сергійович Ховпун, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри Академії праці, соціальних відносин і туризму, доцент****

ORCID: 0000-0002-5753-966X

КРИМІНАЛЬНІ ПРОСТУПКИ ЯК НОВЕЛА КРИМІНАЛЬНОГО ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Внесення змін до кримінального та кримінально-процесуального законодавства в частині розмежування адміністративних правопорушень, кримінальних проступків та злочинів турбує наукову спільноту вже не один рік. Питання досліджувалось, але чіткого законодавчого регулювання не відбувалось, лише подавались законопроекти для внесення таких змін. Ситуація змінилась у зв'язку з прийняттям 1 липня 2020 р. Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», яким внесено зміни до Кримінального кодексу України (далі – КК) та Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК), які пов'язані в тому числі з притягненням до відповідальності за кримінальні проступки. Зміни торкнулись класифікації кримінальних правопорушень, поділяючи їх на кримінальні проступки та злочини. Крім цього, з'являється новий суб'єкт кримінально-процесуальної діяльності як дізнавач; висвітлюються нові види доказів, які забезпечують доказування кримінальних проступків¹.

Науковою основою даної статті стали праці таких українських науковців, як В.І. Борисов, Л.М. Демидова, І.В. Ковтун, А.С. Політова, О.В. Сачко, Ю.А. Турлова, В.І. Тютюгін, Г.В. Федотова, а також інших дослідників, які зробили значний внесок у розробку правових аспектів, пов'язаних із впровадженням інституту «кримінальних проступків», у тому числі їх розслідування. Внесок вказаних науковців у дослідження питання є вагомим, але у зв'язку з прийняттям 1 липня 2020 р. Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» та деякою мірою врегулювання питання «кримінальних проступків», тематика набула актуальності.

Кількість наукових праць з кожним днем зростає, а вказане питання привертає увагу наукового товариства до його вирішення. При цьому низка питань потребує дослідження та більш детального вивчення, особливо під час розслідування кримінальних проступків; збирання та оцінки доказів; розмежування кримінальних проступків та злочинів. Проблеми, які пов'язані з цим питанням, не можна назвати вирішеними, особливо розглядаючи різницю між кримінальним проступком і злочином; досліджуючи питання розслідування таких діянь (фактично створення механізму розслідування).

Метою статті є дослідження змін до кримінального та кримінально-процесуального законодавства щодо кримінальних проступків. Розглянути поняття «кримінальний проступок», «злочин», «кримінальне правопорушення». Встановити суб'єктів, які займаються розслідуванням кримінальних проступків та дослідити процедуру збору доказів, чим саме вона відрізняється від розслідування злочинів. Окрема увага приділяється питанню доказів, які використовуються при розслідуванні кримінальних проступків та доказів – при розслідуванні злочинів.

© А.П. Бегма, Г.В. Муляр, О.С. Ховпун, 2020

* *Andrii Begma, Ph.D. in Law, Associate Professor of the Academy of Labour, Social Relations and Tourism*

** *Galyna Muliar, Ph.D. in History, Associate Professor of the Academy of Labour, Social Relations and Tourism*

*** *Oleksii Khovpun, Ph.D. in Law, head of the Department of the Academy of Labour, Social Relations and Tourism*

Позиція науковців щодо кримінальних проступків та їх впровадження в процесуальні діяльність є різною, а тому потребує детального вивчення. На думку А.С. Політової (наукова стаття «Кримінальний проступок як новела реформування кримінальної юстиції», 2013 р.), закон не повинен зумовлювати напрям розвитку матеріального закону, досі залишається спірним питання щодо запровадження інституту кримінального проступку в Кримінальний кодекс України та питання кваліфікації діянь, які законодавець планує відносити до кримінального проступку². Ми підтримуємо позицію, згідно з якою питання впровадження кримінального проступку як елементу реформування кримінального та кримінально-процесуального законодавства залишається спірним, а тому ще більше актуальним.

І.В. Ковтун у своїй науковій статті «Проблема запровадження у законодавство України інституту кримінального проступку» (2014 р.) висловив думку, що запровадження інституту кримінального проступку хоча й здатне зблизити національне законодавство про кримінальну відповідальність із законодавством країн Європейського Союзу, проте потребує свого подальшого доопрацювання на концептуальному рівні з урахуванням сучасних досягнень науки кримінального, кримінального процесуального та адміністративного права, а також тенденцій гуманізації законодавства України про кримінальну відповідальність³. Ми погоджуємось, що внесені зміни щодо кримінальних проступків потребують доопрацювання.

Як зазначила Г.В. Федотова у своїй роботі «Щодо поняття «кримінальний проступок» у кримінальному праві України» (2016 р.), існує об'єктивна потреба в законодавчому регулюванні нормами кримінального права нової категорії кримінального правопорушення – кримінального проступку. Г.В. Федотова зазначає, що під кримінальним проступком потрібно розуміти проміжний вид діяння між злочином та адміністративним правопорушенням, при цьому термін «кримінальний проступок» слід вважати більш вдалим, оскільки частина «проступок» вказує на зв'язок з іншими правопорушеннями, а кримінальний – на зв'язок зі злочином⁴.

В.І. Борисов, В.І. Тютюгін, Л.М. Демидова в науковій статті «Кримінальний проступок: концептуальні засади запровадження до національного законодавства» (2016 р.) висловили свою думку про те, що запровадження кримінального проступку до національного законодавства України має охоплювати і завдання, які вона виконує. Серед таких основних завдань науковці окреслили наступні: гуманізація та оптимізація кримінального законодавства; удосконалення кримінально-процесуального законодавства шляхом запровадження спрощеної процедури досудового розслідування та судового розгляду матеріалів кримінального провадження щодо кримінальних проступків; пом'якшення кримінальних покарань шляхом удосконалення санкцій за вчинення кримінальних проступків; впровадження в законодавство України рекомендацій Європейського Суду з прав людини та міжнародних стандартів у сфері боротьби зі злочинністю⁵. Доцільно зазначити, що внесення змін має як переваги, так і недоліки, а тому потребує їх більш детального вивчення.

У свою чергу, О.В. Сачко (наукова стаття «Правова визначеність щодо інституту кримінальних проступків та процесуальної форми дізнання», 2018 р.) вважає, що дві категорії кримінально карних діянь – власне злочини та кримінальні проступки вступали в протиріччя з іншими нормами кримінального права, що зумовлювало конкуренцію правових норм та шкідливі для практики правосуддя юридичні колізії. Науковець висловлює позицію, що законодавець не сформулював суттєві ознаки відмінності злочинів від проступків, а лише формально їх розмежував; не сформульовано різницю між злочином та проступком, а визначення залишилось майже ідентичним; формування інституту кримінальних проступків здійснено без належної доктринальної цілісності та забезпечення гармонізації конституційних норм, норм кримінального та адміністративного права⁶. Ми повністю згодні з думкою науковця щодо формального підходу до розмежування злочинів і проступків та відсутності чіткого формулювання поняття «злочин», «кримінальний проступок».

Ю.А. Турлова у своїй праці «Деякі питання визначення кримінального проступку та його видів» (2019 р.) зазначає, що органи досудового розслідування, прокурор у своїй діяльності, з урахуванням останніх законодавчих змін, повинні розуміти поняття «кримінальний проступок», види кримінальних проступків, особливості досудового розслідування кримінальних проступків та розгляду відповідних проваджень у суді першої інстанції, а отже – інститут кримінальних проступків потребує подальших ґрунтовних досліджень⁷.

Потрібно зазначити, що науковці приділяють увагу поняттю «кримінальний проступок», особливостям розслідування таких діянь відповідно до КПК, та все-таки наполягають, що питання потребує більш ретельного вивчення.

Відповідно до внесених змін кримінальним проступком визнається передбачене КК діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі (ч. 2 ст. 12 КК). При цьому злочини поділили на нетяжкі, тяжкі та особливо тяжкі (ч. 3 ст. 12 КК)⁸. Поняття «злочин» замінено на термін «кримінальне правопорушення», а різниця між кримінальним проступком та злочином полягає в санкції. Покарання за кримінальні проступки не пов'язане з позбавленням волі, а обмежується лише штрафом. До особи, яка підозрюється у вчиненні проступку, можуть бути застосовані запобіжні заходи у вигляді особистого зобов'язання та особистої поруки, а домашній арешт, застава чи тримання під вартою застосовуються в разі вчинення особою злочину.

Під час проведення кримінально-процесуальної діяльності виділяють нового суб'єкта, який фактично займається розслідуванням кримінальних проступків, таким суб'єктом є дізнавач. КПК дає визначення дізнавачу як службовій особі підрозділу дізнання органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу Державного бюро розслідувань, у випадках, встановлених КПК, уповноважена особа іншого підрозділу зазначених органів, які уповноважені в межах компетенції, передбаченої КПК, здійснювати досудове розслідування кримінальних проступків (п. 4-1 ч. 1 ст. 3 КПК)⁹. З'являється начальник органу дізнання як суб'єкт, який контролює діяльність дізнавачів та розслідування кримінальних проступків.

Дізнання є новим підрозділом, який розслідує кримінальні проступки. Дізнання здійснюють підрозділи дізнання або уповноважені особи інших підрозділів: а) органів Національної поліції; б) органів безпеки; в) органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства; г) органів Державного бюро розслідувань; г) Національного антикорупційного бюро України (ч. 3 ст. 38 КПК)¹⁰.

З позиції прийнятих змін докази в кримінальному провадженні зазнали трансформації. Процесуальними джерелами доказів у кримінальному провадженні про кримінальні проступки, крім визначених ст. 84 КПК, також є пояснення осіб, результати медичного освідчення, висновок спеціаліста, показання технічних приладів і технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису (ч. 1 ст. 298-1 КПК). Такі процесуальні джерела доказів не можуть бути використані у кримінальному провадженні щодо злочину, окрім як на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора (ч. 2 ст. 298-1 КПК)¹¹. Законодавець не виключає, що джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів, але фактично пояснення осіб, результати медичного освідчення, висновок спеціаліста, показання технічних приладів і технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису також визначаються як джерела доказів. Мета такого поділу – розмежувати джерела доказів, які можуть бути використані в доказуванні злочинів, а які – кримінальних проступків. Крім цього, виникає непорозуміння – що саме ми можемо використовувати, формуючи доказову базу в кримінальних провадженнях.

Доцільно уточнити ст. 84 КПК, внести зміни та викласти ч. 2. цієї статті в наступній редакції: «Процесуальними джерелами доказів при розслідуванні злочинів є показання, речові докази, документи, висновки експертів». Доповнити статтю ч. 3 та викласти її в наступній редакції: «Процесуальними джерелами доказів при розслідуванні кримінальних проступків є показання, речові докази, документи, висновки експертів, пояснення осіб, результати медичного освідчення, висновок спеціаліста, показання технічних приладів і технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису». Невідповідність вказаних норм викликає певну правову колізію та потребує уточнення.

Можемо зробити висновок, що прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» зумовило новий етап у реформуванні кримінального та кримінально-процесуального законодавства. Деякою мірою вирішено питання щодо розмежування кримінальних проступків та злочинів, відповідно, виокремлено процес розслідування кримінальних проступків та злочинів. При цьому поняття й ознаки кримінальних проступків та злочинів прописані формально, а питання щодо доказів в цих кримінальних правопорушеннях і зовсім не врегульовано. Позиція науковців з приводу даного питання полягає в тому, що існує потреба вдосконалення законодавства з метою врегулювання спірних питань.

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2019. № 17. Ст. 71. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#Text>

² Політова А.С. Кримінальний проступок як новела реформування кримінальної юстиції. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2013. № 4. С. 71–77. URL: http://files.visnikkau.org/200001151-3cbd33eb52/Visnyk4_9.pdf

³ Ковтун І.В. Проблема запровадження у законодавство України інституту кримінального проступку. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 2. С. 230–240. URL: file:///home/chronos/u-eaacff928500c23a587360f86ccc095ef5679a35/MyFiles/Downloads/Nvdduvs_2014_2_34.pdf

⁴ Федотова Г.В. Щодо поняття «кримінальний проступок» у кримінальному праві України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2016 № 19. С. 103–105. URL: file:///home/chronos/u-eaacff928500c23a587360f86ccc095ef5679a35/MyFiles/Downloads/Nvmgu_jur_2016_19_28.pdf

⁵ Борисов В.І., Тютюгін В.І., Демидова Л.М. Кримінальний проступок: концептуальні засади запровадження до національного законодавства. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2016, № 2(7). С. 129–142. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/12/06_Vorisov.pdf

⁶ Сачко О.В. Правова визначеність щодо інституту кримінальних проступків та процесуальної форми дізнання. *Актуальні проблеми теорії держави і права*. 2018. С. 127–133. URL: <http://www.apdp.in.ua/v81/20.pdf>

⁷ Турлова Ю.А. Деякі питання визначення кримінального проступку та його видів. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 6. С. 175–180. URL: http://apnl.dnu.in.ua/6_2019/41.pdf

⁸ *Кримінальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

⁹ *Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної ради (ВВР)*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n5941>

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само.

Резюме

Бегма А.П., Муляр Г.В., Ховпун О.С. Кримінальні проступки як новела кримінального та кримінально-процесуального законодавства.

У науковій статті приділяється увага розгляду понять «кримінальне правопорушення», «кримінальний проступок», «злочин» та їх впровадження в кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство. Розглядаються зміни до законодавства, які вступили в силу у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень». Досліджено питання, яке присвячено новому суб'єкту кримінально-процесуальної діяльності – дізнавачу та керівнику органу дізнання.

У статті розглядаються різновиди доказів, які беруться до уваги в процесі розслідування кримінальних проступків. До таких доказів потрібно віднести: пояснення осіб, результати медичного освідчення, висновок спеціаліста, показання техніч-

них приладів і технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису. Розглянуто можливість використання доказів при розслідуванні злочинів.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, кримінальний проступок, злочин, дізнавач, дізнання, кримінальне провадження, досудове розслідування, докази.

Резюме

Бегма А.П., Муляр Г.В., Ховпун А.С. Уголовные проступки как новелла уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

В научной статье уделяется внимание рассмотрению понятий «уголовное преступление», «уголовный проступок», «преступление» и их внедрение в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство. Рассматриваются изменения в законодательство, которые вступили в силу в связи с принятием Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно упрощения досудебного расследования отдельных категорий уголовных правонарушений». Исследован вопрос, посвященный новому субъекту уголовно-процессуальной деятельности – дознавателю и руководителю органа дознания.

В статье рассматриваются разновидности доказательств, которые принимаются во внимание в процессе расследования уголовных проступков. К таким доказательствам следует отнести: объяснения лиц, результаты медицинского освидетельствования, заключение специалиста, показания технических приборов и технических средств, имеющих функции фото- и кино съемки, видеозаписи, или средств фото- и кино съемки, видеозаписи. Рассмотрена возможность использования доказательств при расследовании преступлений.

Ключевые слова: уголовное преступление, уголовный проступок, преступление, дознаватель, дознания, уголовное производство, досудебное расследование, доказательства.

Summary

Andrii Begma, Galyna Muliar, Oleksii Khovpun. Criminal misdemeanors as a novelty of criminal and criminal procedure legislation.

The scientific article pays attention to the consideration of the concepts of “criminal offense”, “criminal offense”, “crime” and their implementation in criminal and criminal procedure legislation. Amendments to the legislation that came into force in connection with the adoption of the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Simplification of Pre-trial Investigation of Certain Categories of Criminal Offenses” are considered. The issue devoted to the new subject of criminal procedure – the coroner and the head of the inquiry body is investigated.

The article considers the types of evidence that are taken into account in the investigation of criminal offenses. Such evidence should include: explanations of persons, results of medical examination, expert opinion, testimony of technical devices and technical means that have the functions of photography and filming, video recording, or means of photography and filming, video recording. The possibility of using evidence in the investigation of crimes is considered.

During the criminal proceedings, a new entity is identified, which is actually engaged in the investigation of criminal offenses, such an entity is the investigator. Inquiry is a new unit that investigates criminal offenses. Inquiries are carried out by inquiry subdivisions or authorized persons of other subdivisions.

A criminal offense is an act (action or omission) provided by the Criminal Code, for which the main penalty is a fine of not more than three thousand non-taxable minimum incomes or other punishment not related to imprisonment. Procedural sources of evidence in criminal proceedings on criminal offenses, in addition to certain Art. 84 of the CPC, there are also explanations of persons, the results of medical examinations, expert opinion, indications of technical devices and technical means that have the functions of photography and filming, video recording, or means of photography and filming, video recording.

The legislator does not rule out that the sources of evidence are testimony, physical evidence, documents, expert opinions, but in fact the explanations of persons, the results of medical examinations, expert opinion, indications of technical devices and equipment that have the functions of photography and filming, video or photo – and filming, video recordings are also identified as sources of evidence. The purpose of such a division is to distinguish between sources of evidence that can be used to prove crimes and criminal offenses. In addition, there is a misunderstanding – what exactly can we use to form the evidence base in criminal proceedings.

Key words: criminal offense, criminal offense, crime, coroner, inquiry, criminal proceedings, pre-trial investigation, evidence.

О.В. ГАЛЬЦОВА

*Олена Володимирівна Гальцова, кандидат юридичних наук, асистент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса**

ORCID: 0000-0001-6018-0486

БЕЗПЕКА ЗАСУДЖЕНИХ ТА ПЕРСОНАЛУ УСТАНОВ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ ПІД ЧАС ПАНДЕМІЇ**

Постановка проблеми. Забезпечення безпеки засуджених та працівників установ виконання покарань є однією із основних складових національної безпеки. Проте поняття безпека не обмежується лише захистом від злочинних посягань, а й містить основоположний принцип, що життя і здоров'я людини є найвищою цінністю будь-якої демократичної та правової держави і суспільства. Тому особливого значення безпека засуджених та працівників установ виконання покарань набуває під час пандемії COVID-19, зокрема, захист життя та здоров'я. До того ж безпека засуджених та збереження їх здоров'я й життя є обов'язком держави під час виконання-відбування покарань, а безпека персоналу установ виконання покарань (далі – УВП) виступає гарантією їх нормальної роботи під час виконанням ним службових обов'язків. Але останні події в Україні показали, що існує проблема забезпечення безпеки засуджених та персоналу установ виконання покарань, яка потребує детального вивчення для розробки дієвих шляхів подолання наявних проблем.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, І.Г. Богатирьова, О.М. Джужи, О.Г. Колба, О.І. Осауленка, Р.М. Підвисоцького, А.Х. Степанюка та ін. Водночас, не применшуючи значення цих та багатьох інших досліджень, зазначимо, що дискусійним у науці кримінально-виконавчого права є безпека в УВП під час виконання-відбування покарань.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб запропонувати шляхи вирішення цієї важливої проблеми, яка має важливе значення не тільки для науки кримінально-виконавчого права, а й у правозастосовній діяльності під час виконання-відбування покарань.

Виклад основного матеріалу. Однією із невід'ємних складових національної безпеки України є захищеність життєво важливих інтересів людини, громадянина і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам. Тому у ст. 3 Основного Закону держави проголошено, що людина, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність та безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а у ст. 27 міститься важливий конституційний припис, який покладає на державу обов'язок щодо захисту життя та здоров'я людини та, яке, відповідно до ч. 2 ст. 64 Конституції України не може бути обмежене за жодних винятків та умов.

Право людини на здоров'я також отримало нормативне закріплення й у низці міжнародних актів – Статуті Всесвітньої організації охорони здоров'я, в якому надано визначення поняттю здоров'я людини (стан повного фізичного, духовного та соціального благополуччя, а не лише відсутність хвороби та фізичних дефектів (ст. 1)); Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (право кожної людини на найвищий можливий рівень фізичного і психічного здоров'я (ст. 12)) та ін.

Згідно зі ст. 63 Конституції України засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду, тому на засуджених, безумовно, поширюється більшість прав, свобод та обов'язків людини й громадянина, які передбачені розділом II Конституції України, зокрема, право на життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність, а також на безпеку та ін.

Отже, право людини на фізичне та психічне здоров'я є первинною і визначальною передумовою її життєдіяльності, яке забезпечує її фізичне існування, тому й під час виконання та відбування кримінальних покарань здоров'я повинно бути не тільки гарантовано законодавством, а і якомога краще захищене від будь-якої можливої безпеки та загроз.

Як вбачається, у цілому положення Основного Закону держави щодо гарантування безпеки здоров'я також знайшли своє втілення не тільки у ньому, а й у нормах Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України) та кримінально-виконавчого законодавства. Зокрема, у ст. 10 КВК України, згідно з

© О.В. Гальцова, 2020

* *Olena V. Haltsova, Ph.D. in Law, Teaching Assistant of Yaroslav Mudry National University of Law, Researcher of Academician V.V. Stashis Institute of Criminal Studies*

** Стаття виконана в 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)

якою засуджені мають право на особисту безпеку; у ст. 102 КВК України, що режим у виправних і виховних колоніях забезпечує безпеку засуджених і персоналу. У подальшому положення ст. 10 КВК України щодо безпеки засуджених були більш змістовно регламентовані у наказі Міністерства юстиції № 1408/5 від 25 квітня 2017 р. «Про затвердження Порядку здійснення заходів щодо забезпечення безпеки осіб, які тримаються в установах виконання покарань та слідчих ізоляторів».

Сьогодні однією із потенційних загроз, що наражає на небезпеку здоров'я і життя засуджених осіб та персоналу установ виконання покарань, є інфекційні чи вірусні хвороби, які набувають характеру пандемії. Зокрема, це COVID-19, що поширюється не тільки територією України, а й у багатьох країнах світу і характеризується відсутністю колективного імунітету та, зазвичай, ефективних засобів профілактики (вакцини) й лікування. Тому гарантування безпеки таким особам від вказаних загроз набуває особливої актуальності, оскільки в установах виконання покарань (далі – УВП) та слідчих ізоляторах України, за даними Міністерства юстиції, утримується понад 52 000 осіб, які перебувають у 121 УВП та слідчих ізоляторах і працює близько 28 000 працівників установ¹. Тому і особи, які відбувають покарання та персонал установ виконання покарань є найбільш уразливими категоріями до зараження на інфекційні чи вірусні хвороби, що набувають характеру пандемії. Це зв'язано з тим, що УВП є місцями великої скупченості людей, серед яких, до того ж, значна кількість засуджених мають низку захворювань, зокрема, тяжкі інфекційні та невиліковні хвороби, туберкульоз, гепатит та ВІЛ-інфекція та ін.

Тому гарантування безпеки як засудженим особам, що у переважній більшості мають істотні проблеми зі здоров'ям, так і персоналу установ виконання покарань, які виконують свої службові обов'язки у таких непростих умовах, є доволі складно. У зв'язку з цим вважаємо, що одним із важливих завдань держави є не тільки гарантування, а й розроблення дієвих механізмів захисту вказаних осіб у практичній площині. Але така реалізація, безумовно, буде більш ефективною, якщо визначити складові терміна «безпека», це дасть змогу визначити комплекс заходів, які необхідно здійснити задля максимального збереження здоров'я та життя людини, що є найвищою цінністю держави та суспільства.

У юридичній енциклопедії, зазвичай, термін «безпека» визначається як «стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства та держави від внутрішніх і зовнішніх загроз»². Також під «безпекою» розуміють гарантовану конституційними, законодавчими і практичними заходами захищеність та забезпеченість життєво важливих інтересів об'єкта від зовнішніх і внутрішніх загроз. Розглядають фахівці і її базові ознаки, що включає у себе: стан об'єкта; здатність об'єкта, явища або процесу зберігати свою суть в умовах цілеспрямованого, руйнівного чи то внутрішнього, чи то зовнішнього впливу; властивість системи, побудованої на принципах структурної стійкості, самоорганізації, цілісності; необхідна умова діяльності особи, суспільства, держави, що допомагає їм зберігати та збільшувати духовні та матеріальні цінності; відсутність небезпек та загроз для об'єкта³. Отже, поняття «безпека» є складним явищем, яку справедливо фахівці визнають базовою потребою людини, тому до тих пір, доки людина не відчувається безпечно, вона не може належним чином дбати про потреби вищого порядку – соціальні та духовні. І навпаки, навіть мінімальне відчуття безпеки породжує прагнення до соціальних зв'язків. Саме тому категорію «безпека» досліджують учені багатьох галузей права та прикладних наук, не є винятком у цьому сенсі й кримінально-виконавче право.

У зв'язку з цим заслуговує на увагу твердження А.Х. Степанюка, що поняття «безпека» є фундаментальною основою функціонування кримінально-виконавчої системи. Вона є властивістю кримінально-виконавчої системи, організованої на принципах цілісності та сталих зв'язків між її структурними підрозділами. Загроза кримінально-виконавчій безпеці є відхиленням від кримінально-виконавчої діяльності, від порядку виконання та відбування покарання, посяганням на правове становище учасників кримінально-виконавчих правовідносин⁴.

Але, незважаючи на значущість даного поняття, у науці кримінально-виконавчого права поняття «безпека засуджених» та «безпека персоналу установ виконання покарань» дотепер не отримали нормативного визначення у чинному законодавстві. Тому учені цієї галузі права надали даним термінам власні визначення, зокрема, це: «гарантія, необхідна умова життєдіяльності особи, що дозволяє їй зберігати та збільшувати духовні й матеріальні цінності» та є одним із основних прав осіб, які відбувають кримінальні покарання⁵; «гарантовану міжнародним правом та українським законодавством захищеність життя, здоров'я, інших життєво важливих і соціально значимих інтересів цієї категорії громадян від завдання шкоди, а також запобігання небезпеці та загрозам, які виникають у процесі відбування (виконання) кримінальних покарань у виді арешту, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або позбавлення волі»⁶; «врегульовану чинним законодавством України діяльність органів і установ виконання покарань щодо здійснення організаційно-управлінських, матеріально-технічних, силових та інших заходів, спрямованих на захист життя, здоров'я та майна засуджених від протиправних посягань, створення належних для них умов відбування покарання і досягнення його мети»⁷ та ін.

Щодо безпеки персоналу установ виконання покарань, у ст. 21 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» законодавцем вказується лише на гарантії безпеки персоналу кримінально-виконавчої служби України, а саме: особи рядового і начальницького складу та працівники кримінально-виконавчої служби, а також члени їхніх сімей знаходяться під захистом держави, їх безпека, честь і гідність охороняються законом, не закріплюючи при цьому зміст даного поняття. Тому «безпека персоналу установ виконання покарань» визначається ученими як гарантований національним законодавством та нормами міжнародного права захист життя, здоров'я, честі та гідності особи від протиправних посягань, інших дій, що мають на меті заподіяння фізичних чи моральних страждань, а також запобігання небезпекам і загрозам, у тому числі загрози поширення епідемій, інфекційних захворювань та туберкульозу⁸ та ін. Крім того, на думку фахівців, безпека персоналу установ виконання покарань має комплексний характер, не вичерпується тільки

захистом від злочинних посягань з боку засуджених (ув'язнених), а й включає у себе захист осіб, які працюють в установах, від дії небезпечних технічних, медичних та інших несприятливих факторів, які посилюються в місцях позбавлення волі, а також і негативний вплив оточення на працівників у плані їх професійної деформації, що перебуває у прямій залежності від стажу роботи або служби в місцях позбавлення волі⁹.

Отже, «безпека засуджених та персоналу установ виконання покарань» – це насамперед гарантування та здійснення державою заходів щодо максимального збереження життя та здоров'я від будь-яких джерел небезпеки під час відбування покарань засуджених та персоналу установ виконання покарань у процесі виконання кримінальних покарань.

Важливим є наявність та закріплення у ст. 6 Основ законодавства України про охорону здоров'я чинників, які визнані необхідними для підтримання та збереження здоров'я людини. Це – харчування та його режим; житлові умови; доступ до придатної для пиття води й адекватних санітарних умов; безпечні і нешкідливі умови праці та сприятливе для здоров'я людини довкілля; своєчасна, належна й доступна медико-санітарна допомога та створення державою умов, в яких будь-яка людина намагатиметься мати значно краще здоров'я тощо. Тому ці положення законодавства обов'язково мають бути максимально враховані та гарантовані державою під час відбування кримінальних покарань, оскільки вони є мінімальними умовами, які необхідні для підтримання та збереження життя і здоров'я осіб, особливо під час пандемії.

Але, на жаль, дотепер в Україні не вирішеними є належні матеріально-побутові умови та визнані незадовільними мінімально необхідні гігієнічні умови в УВП. Так, у 2019 р. були зафіксовували непоодинокі випадки, коли в камерах УВП була відсутня вентиляція, а температура не перевищувала 10–12°C, через що засуджені весь час були у верхньому одязі; також в УВП має місце неуккомплектований штат лікарів та медичного персоналу, внаслідок чого засуджені не мають можливості отримати якісну медичну допомогу¹⁰, виходячи з цього, державою не вирішені ті мінімально необхідні чинники, які б гарантували підтримання та збереження здоров'я осіб.

Після оголошення пандемії в Україні з метою запобігання поширення коронавірусу COVID-19 в УВП прийнято такі нормативні акти: наказ Міністерства юстиції «Про запобігання поширенню на території установ виконання покарань, слідчих ізоляторів, закладів охорони здоров'я ДКВС України коронавірусу COVID-19»; наказ Державної установи «Центр охорони здоров'я, Департаменту з питань виконання кримінальних покарань «Про затвердження Плану протиепідемічних заходів щодо запобігання занесенню і поширенню в установах виконання покарань та слідчих ізоляторах ДКВС України гострої респіраторної хвороби, спричиненої новим коронавірусом, на 2020 рік» від 12 березня 2020 р. № 57-ОД/08/ОД-20 та ін.

Проте, як указує Міністр юстиції України Д. Малюська, ситуація із безпекою у системі виконання покарань у зв'язку з епідемією коронавірусної хвороби є досить складною, оскільки кримінально-виконавча система не була розрахована на таке непросте явище. Щоб забезпечити нормальний санітарно-гігієнічний режим, потрібно приблизно 180 млн грн на місяць, а виділено лише 3,6 млн. Хоча проведено комплекс заходів із запобігання поширенню інфекції серед ув'язнених та працівників системи. Зокрема, розвантажено переповнені слідчі ізолятори, щоб можна було ізолювати хворих чи тих, у кого підозрюється хвороба; запроваджено режим обмеженого доступу до установ виконання покарань і СІЗО; режим перевірки всіх, хто прибуває до СІЗО; здійснюються температурний скринінг та дезінфекція приміщень; персонал, який приймає передачі та посилки, повинен працювати у засобах індивідуального захисту – халатах, медичних масках, рукавичках. Так само у засобах індивідуального захисту, зокрема медичних масках, повинні бути особи, які здійснюють передачу посилок. Також обмежується одночасне перебування у приміщенні значної кількості осіб. Необхідно дотримуватися нормативів – 1 особа на 6 кв. м, присутні мають зберігати між собою безпечну дистанцію. Водночас Д. Малюська визнав, що кримінально-виконавчій системі не вистачає коштів на забезпечення масками, костюмами та іншими засобами індивідуального захисту працівників СІЗО і установ виконання покарань¹¹.

Безумовно, вказаних заходів з боку держави, на яку під час відбування покарань покладається обов'язок щодо збереження життя та здоров'я і засуджених, і персоналу установ виконання покарань, є цілком недостатньо для успішної профілактики коронавірусу COVID-19. Достатньо єдино випадку зараження, вважають фахівці, щоб заразилися майже 100 % засуджених. Цьому сприятимуть: неналежні матеріально-побутові умови в УВП; переповненість та скупченість засуджених; незадовільне харчування; в цілому незадовільний їх стан здоров'я, який обумовлений наявністю у них значної кількості хронічних захворювань, у тому числі туберкульозу та ВІЛ-інфекції та ін.

Як стверджує представник Уповноваженого з прав людини з питань партнерства з інститутами громадянського суспільства, насправді точної статистики захворювання з COVID-19 в УВП не знає ніхто, адже тестування проводять вибірково, а масове тестування не відбувається. Фактично в місцях позбавлення волі хворі є, але їх обліковують як хворих на ГРВІ. Поки не буде забезпечено тестування на загальних засадах, суспільство не матиме об'єктивної картини¹².

До того ж, у багатьох випадках температурний скринінг здійснюється не електронними пристроями, як рекомендовано ВОЗ, а звичайними засобами, маски видають по одній на 24 години і лише черговим на пости. У багатьох УВП немає рентгенографа, і тому виявити запалення легень практично неможливо, а експрес-тести для виявлення COVID-19 в установи виконання покарань надаватися не будуть, усі необхідні аналізи засуджених будуть надсилатися спеціалістам Міністерства охорони здоров'я для тестування¹³.

Звичайно, що за таких умов гарантувати безпеку як засудженим, так і персоналу установ виконання покарань від зараження COVID-19 фактично неможливо. Тому Комісарка Ради Європи з прав людини Дуня Міятович закликала держави-члени Ради Європи захистити права і здоров'я всіх осіб, які перебувають в ув'язненні, під час глобальної пандемії COVID-19. Оскільки такі особи знаходяться в середовищі з підвищеним ризиком: як правило, такі установи не пристосовані до ситуацій масштабної епідемії, а основні захисні

заходи, такі як дотримання соціальної дистанції і правил гігієни, не можуть бути забезпечені на такому ж рівні, як за межами цих установ, піддаючи осіб, що там перебувають, більшому ризику для здоров'я¹⁴.

З метою збереження життя та здоров'я засуджених від пандемії COVID-19 Верховний комісар ООН з прав людини звернувся з проханням до держав звільнити такі категорії засуджених, як політв'язні або які відбувають покарання за переслідування чи за відсутності законних підстав для ув'язнення. У Великій Британії, Франції, США звільнили засуджених із низьким рівнем ризику, вагітних жінок, а також осіб, які засуджені за ненасильницькі злочини, у подальшому їх будуть відстежувати за допомогою електронних засобів контролю¹⁵.

Згідно зі стандартами прав людини, що зазначені у Зводі принципів в контексті пандемії COVID-19 Європейського Комітету з питань запобігання катуванням і нелюдському або принижуючому гідність поведженню чи покаранню (СРТ), використання альтернативних позбавленню волі заходів є першочерговим обов'язком у ситуаціях перенаселеності місць позбавлення волі і тим більше – в надзвичайних ситуаціях. Особливу увагу слід приділяти тим ув'язненим, які мають проблеми зі здоров'ям; літнім людям, які не становлять загрози для суспільства; і тим, хто обвинувачується або засуджений за незначні або ненасильницькі злочини. Отже, слід вжити всіх заходів для захисту права на життя та здоров'я ув'язнених і працівників тюрем відповідно до рекомендацій Європейського регіонального бюро ВООЗ. Урядам слід також забезпечити, щоб під час пандемії COVID-19 дотримувалися права людини всіх тих, хто залишається позбавленим волі, з урахуванням особливих потреб найбільш уразливих ув'язнених, осіб з особливими потребами, вагітних жінок і неповнолітніх ув'язнених. Будь-які обмежувальні заходи, вжиті щодо осіб, які перебувають в умовах несвободи, повинні бути необхідними, пропорційними, недискримінаційними, обмеженими за часом і підконтрольними. Наприклад, якщо обмеження на побачення з родичами та близькими людьми або інші контакти з зовнішнім світом є необхідними, вони повинні обов'язково бути замінені такими альтернативними заходами, як розширений доступ до телефонного або відеозв'язку¹⁶.

Враховуючи ситуацію, яка склалася внаслідок пандемії COVID-19, у найближчий час в Україні планується прийняття закону про амністію на 2020 р. та заплановано внесення змін до КПК і КК, щоб зменшити термін, після якого можливе умовно-дострокове звільнення, до п'яти років для виключно для певної категорії засуджених. У Верховній Раді України на розгляді знаходиться законопроект № 3181 «Про амністію в 2020 році»¹⁷.

Висновки:

1) ми підтримуємо прагнення законодавця щодо прийняття амністії та вважаємо, що насамперед під час пандемії повинні підлягати звільненню з УВП найбільш уразливі категорії засуджених, які вчинили ненасильницькі злочини, або середньої тяжкості необережні злочини, а також ті особи, які мають право на умовно-дострокове звільнення. До того ж, усім звільненим особам обов'язково повинен бути наданий доступ до невідкладної медичної допомоги і медичного обслуговування та ін.;

2) державі необхідно здійснювати належні соціально-економічні та організаційно-правові заходи та достатнє фінансування УВП, а також продовжити подальше реформування кримінально-виконавчої системи, щоб створити належні умови тримання в УВП, забезпечити висококваліфіковане медичне лікування, щоб максимально зберегти здоров'я та життя засуджених і персоналу установ виконання кримінальних покарань;

3) потребує закріплення у вітчизняному законодавстві таких понять, як «безпека засуджених» та «безпека персоналу установ виконання покарань», що допоможе чітко визначити перелік заходів, які зобов'язана вжити держава для їх гарантування;

4) необхідно привести у відповідність кримінально-виконавче законодавство України щодо поняття «карантин в УВП». Оскільки підставою для вжиття заходів щодо забезпечення безпеки осіб є дані, що свідчать про наявність реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу і майну.

Відомо, що відповідно до законодавства приводом для вжиття заходів щодо забезпечення безпеки осіб, взятих під варту, та засуджених, які беруть участь у кримінальному судочинстві, можуть бути: заява учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича; звернення керівника відповідного державного органу; отримання оперативної та іншої інформації про наявність загрози життю, здоров'ю, житлу і майну зазначених осіб. Як вбачається, у переліку таких підстав для вжиття заходів щодо забезпечення безпеки осіб чинне законодавство не передбачає «карантинних заходів в УВП внаслідок пандемії», тому така прогалина у кримінально-виконавчому законодавстві вимагає негайного вирішення від законодавця. Це б гарантувало точне виконання заходів щодо збереження життя та здоров'я засуджених під час пандемії, не порушуючи при цьому їх основних прав та свобод;

5) не менш важливими для засуджених є побачення з родичами та близькими людьми або інші контакти з зовнішнім світом, які необхідно обов'язково гарантувати, замінивши іншими альтернативними заходами, як розширений доступ до телефонного або відео зв'язку тощо.

¹ Заступник Генерального прокурора Гюндюз Мамедов: Як зрушити з місця реформу пенітенціарної системи: план є, потрібно діяти. Прокуратура Луганської області / Офіційний веб-сайт. 2020. 17 березня. URL: http://m.dt.ua/LAW/yak-zrushiti-z-miscya-reformu-penitenciarnoi-sistemi-plan-ye-potribno-diyati-341729_.htm (дата звернення: 02.06.2020).

² Юридична енциклопедія : в 6 т. / відпов. ред. Ю.С. Шемшученко. Київ : Укр. енцикл., 1998. Т. 1: А – Г. 672 с. С. 207.

³ Лапін В.М. Безпека життєдіяльності людини: навч. посіб. Київ : Знання, 1999. 184 с. С. 57–61.

⁴ Кримінально-виконавче право України : підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / за ред. проф. А.Х. Степанюка. Харків : Право, 2005. 256 с. С. 239–241.

⁵ Там само.

⁶ Кримінально-виконавче право України : підручник / О.М. Джуца, І.Г. Богатирьов, О.Г. Колб, В.В. Василевич та ін. ; за заг. ред. докт. юрид. наук, проф. О.М. Джуци. Київ : Атіка, 2010. 752 с. С. 212.

⁷ Там само.

⁸ Щербаків А.В. Теоретические и организационные аспекты безопасности уголовно-исполнительной системы. *Вестник Владимирского юридического института*. 2010. № 4. С. 50–53. С. 50.

⁹ Вацюк Д.С. Основні засоби забезпечення особистої безпеки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України. *Забезпечення безпеки в установах виконання покарань України: виклики сьогодення та перспективи майбутнього: матеріали круглого столу* (м. Київ, 24 листопада, 2016 р.). Київ, 2016. С. 13–16.

¹⁰ Проблеми українських тюрем: що викривають моніторингові візити в установи виконання покарань. *Free Zone*. 2019. 3 червня. URL: https://freezone.org.ua/problemu_ukrayinskkyh_tyurem_shho_vykrivayut_monitiringovi_vizyty_v_ustanovy_vykonannya_pokaran/ (дата звернення: 02.06.2020).

¹¹ Денис Малюська. Як стримати коронавірус в місцях позбавлення волі. *Голос України*. 2020. 8 травня. URL: <http://www.golos.com.ua/article/330691> (дата звернення: 02.06.2020).

¹² Бунти в Італії здадуться «квіточками». Як живуть ув'язнені в умовах карантину в Україні. *Lb.ua*. 2020. 29 квітня. URL: https://ukr.lb.ua/pravo/2020/04/29/456382_bunti_italii_zdadutsya.html (дата звернення: 02.06.2020).

¹³ Как «работает» карантин в тюрьмах Украины и что говорят заключенные. *Информатор*. 2020. 27 березня. URL: <https://dengi.informator.ua/2020/03/27/kak-rabotaet-karantin-v-tyurmah-ukrainy-i-chto-govoryat-zaklyuchennye/> (дата звернення: 02.06.2020).

¹⁴ Пандемія COVID-19: необхідно вжити термінових заходів для захисту прав ув'язнених у Європі. *Офіс Ради Європи в Україні*. 2020. 6 квітня. URL: <https://www.coe.int/uk/web/kyiv/-/covid-19-pandemic-urgent-steps-are-needed-to-protect-the-rights-of-prisoners-in-europe> (дата звернення: 02.06.2020).

¹⁵ Олена Висоцька : Мін'юст вживає необхідні кроки для попередження спалаху коронавірусу в місцях позбавлення волі. *Урядовий портал*. 2020. 2 квітня. URL: https://minjust.gov.ua/news/ministry/Olena_Visotska_minjust_vjivae_neobhidni_kroki_dlya_poperedjennya_koronavirusu_v_mistsyah_pozbavlennya_voli (дата звернення: 07.04.2020).

¹⁶ Пандемія COVID-19: необхідно вжити термінових заходів для захисту прав ув'язнених у Європі. *Офіс Ради Європи в Україні*. 2020. 6 квітня. URL: <https://www.coe.int/uk/web/kyiv/-/covid-19-pandemic-urgent-steps-are-needed-to-protect-the-rights-of-prisoners-in-europe> (дата звернення: 02.06.2020).

¹⁷ Проект Закону про амністію у 2020 році. *Верховна Рада України. Офіційний портал*. 2020. 6 березня. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68322 (дата звернення: 07.04.2020).

Резюме

Гальцова О.В. Безпека засуджених та персоналу установ виконання покарань під час пандемії.

У статті досліджуються проблеми щодо дотримання безпеки засуджених та персоналу установ виконання покарань, які виникли в Україні під час пандемії. Зазначається, що під їх безпекою розуміють гарантування та здійснення державою заходів щодо максимального збереження життя та здоров'я від будь-яких джерел небезпеки під час відбування покарань засуджених та персоналу установ виконання покарань у процесі виконання кримінальних покарань, оскільки здоров'я та життя людини є найвищою цінністю держави і суспільства. Наводяться рекомендації міжнародних інституцій щодо забезпечення безпеки та захисту життя і здоров'я засуджених та персоналу установ виконання покарань. На їх підставі та аналізу чинного законодавства України сформульовані пропозиції удосконалення вітчизняного кримінально-виконавчого законодавства щодо їх безпеки.

Ключові слова: пандемія, безпека засуджених, безпека персоналу, виконання та відбування покарань.

Резюме

Гальцова Е.В. Безопасность осужденных и персонала учреждений исполнения наказания во время пандемии.

В статье исследуются проблемы соблюдения безопасности осужденных и персонала учреждений исполнения наказаний в Украине, которые возникли во время пандемии. Отмечается, что под безопасностью в данном случае понимают обеспечение и осуществление государством мер, которые направлены на максимальное сохранение их жизни и здоровья от любых источников опасности во время отбывания и исполнения наказаний, поскольку жизнь и здоровье человека признается высшей ценностью государства и общества. Изучены рекомендации международных организаций по обеспечению безопасности и защиты жизни и здоровья как осужденных, так и персонала учреждений исполнения наказаний. На основании их анализа и действующего законодательства Украины автором сформулированы предложения по усовершенствованию отечественного уголовно-исполнительного законодательства по поводу их безопасности.

Ключевые слова: пандемия, безопасность осужденных, безопасность персонала, исполнение и отбывание наказаний.

Summary

Olena Haltsova. Safety of Convicts and Correctional Staff in Pandemic.

The Author studies safety of convicts and staff during conviction. It is emphasized that infectious or viral diseases of pandemic nature are among potential threats which endanger life and health of convicts and correctional staff. The article notes that convicts and correctional staff are the most vulnerable to infectious or viral diseases of pandemic nature. It is related to the fact that correctional facilities (CF) are the locations where people are most congregated while many of them have number of concomitant diseases like serious infection, incurable illness, TB, hepatitis, HIV, etc.

It is emphasised that the state's primary task is not only ensure but also develop sound measures to protect the above individuals in practice. The article notes that the implementation of these measures will be more efficient if the components of the term of "safety" are clearly defined. This will allow to define comprehensive measures required to save as many human lives as possible and ensure good health as human life and health are the highest priorities for the society and state. The article provides analysis of the definition of the term of "safety" and its components. The conclusion goes that in order to ensure safety of convicts and correctional staff the state must take all required measures to protect life and health of the above from any source of danger during conviction.

The article acknowledges that proper living conditions in Ukraine are still not ensured, the minimum essential sanitary standards in CF are inadequate, despite of a number of laws designed to improve conviction conditions have been passed. It is noted that it's the responsibility of the government to protect life and health of the convicts and correctional staff, however due to various factors not all measures are efficient enough to successfully prevent COVID-19.

Multiple convict and staff safety violations are found in CF during the pandemic in Ukraine. The article includes recommendations of international organisations including WHO, recommendations of the CE Commissioner for Human Rights, High UN Commissioner for Human Rights, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment on all required measures to ensure to life and health of convicts and correctional staff.

The Author provides the following recommendations on resolving the problem of safety of convicts and correctional staff: amnesty; adequate social, economic, organisational and legal measures; sufficient funding of CF's; amending of penal correction legislation aimed at its improvement.

Key words: pandemic, safety of convicts, safety of staff, term enforcement and serving.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.71

УДК 342.9.018:343.54

К.А. ГУСЕВА, І.А. ГОРБАЧ-КУДРЯ

*Катерина Анатоліївна Гусева, кандидат юридичних наук, доцент, майор поліції, старший науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0002-3295-930X

*Іванна Анатоліївна Горбач-Кудря, магістрант Національної академії внутрішніх справ, підполковник поліції***

ORCID: 0000-0002-8640-2486

ПРОФІЛАКТИЧНИЙ ОБЛІК КРИВДНИКА У ПРАКТИЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ УПОВНОВАЖЕНИХ ПІДРОЗДІЛІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ З ПРОФІЛАКТИКИ ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА

Постановка проблеми. Реформування Національної поліції України переорієнтувало діяльність цього центрального органу виконавчої влади з каральної (штрафної) на виховну (превентивну), в якій існуючі методи у сфері запобігання та протидії домашньому насильству повинні поступитися новим, так само ефективним, спрямованим на забезпечення охорони прав і свобод людини незалежно від статусу, чи є це постраждала від домашнього насильства особа, чи кривдник. За таких умов особливої актуальності набуває нормативно-правове забезпечення механізмів застосування превентивних заходів у протидії правопорушенням, передбаченим ст. 173-2 КУпАП («Вчинення домашнього насильства, насильства за ознакою статі, невиконання термінового заборонного припису або неповідомлення про місце свого тимчасового перебування»), ст. 126¹ КК («Домашнє насильство»), або запобіганні їх повторному вчиненню, зокрема в частині конкретизації переліку уповноважених підрозділів Національної поліції України у сфері запобігання та протидії домашньому насильству, а також підстав переходу від каральних (штрафних) санкцій щодо кривдника до профілактичної роботи з ним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню профілактики домашнього насильства присвячено чимало публікацій українських учених. Здебільшого в роботах подається аналіз особливостей застосування таких спеціальних заходів із протидії домашньому насильству, як терміновий заборонний припис (Олена Ковальова, Ольга Кришевич, Катерина Левченко, Олександр Лупало, Сергій Резанов) та обмежувальний припис (Яна Бенедик, Ярина Желдак, Ольга Кришевич, Катерина Левченко, Марина Пашковська, Марія Попович, Юлія Турлова, Наталія Федоровська). Профілактичний облік як організаційно-практичні заходи в практичній діяльності уповноважених підрозділів органів Національної поліції України щодо контролю за поведінкою кривдника з метою недопущення повторного вчинення домашнього насильства, за дотриманням ним тимчасових обмежень його прав та виконанням обов'язків, покладених на нього у зв'язку із вчиненням домашнього насильства, у наукових колах залишається непоміченим попри те, що 16 квітня 2020 р. набрав чинності наказ Міністерства внутрішніх справ України від 25 лютого 2019 р. № 124 «Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України», який водночас містить чимало питань та суперечностей і потребує додаткового доопрацювання.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб запропонувати модель нормативно-правового забезпечення функціонування профілактичного обліку кривдника як спеціального заходу у системі Національної поліції України, зокрема конкретизувати перелік уповнова-

© К.А. Гусева, І.А. Горбач-Кудря, 2020

* *Katerina Guseva, Ph.D. in Law, Associate Professor, Major of Police, Senior Research Officer of The National Academy of Internal Affairs*

** *Ivanna Gorbach-Kudrya, Master Student of the National Academy of Internal Affairs, Lieutenant Colonel*

жених підрозділів та сформулювати підстави взяття особи на профілактичний облік кривдника Національної поліції України.

Виклад основного матеріалу. Взяття на профілактичний облік кривдника та проведення профілактичної роботи з кривдником – це один із спеціальних заходів щодо протидії домашнього насильству, передбачений п. 3 ст. 24 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» («Спеціальні заходи щодо протидії домашньому насильству»), що, відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 10 цього закону («Повноваження уповноважених підрозділів органів Національної поліції України у сфері запобігання та протидії домашньому насильству») належить до повноважень уповноважених підрозділів органів Національної поліції України у сфері запобігання та протидії домашньому насильству¹. Водночас у нормативно-правовій базі, а саме: Законі України «Про Національну поліцію», Законі України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», постанові Кабінету Міністрів України від 22 серпня 2019 р. № 658 «Про затвердження Порядку взаємодії суб'єктів, що здійснюють заходи у сфері запобігання та протидії домашньому насильству і насильству за ознакою статі», наказі Міністерства внутрішніх справ України від 1 серпня 2018 р. № 654 «Про затвердження Порядку внесення уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України термінового заборонного припису стосовно кривдника», наказі Міністерства соціальної політики України та Міністерства внутрішніх справ України від 13 березня 2019 р. № 369/180 «Про затвердження Порядку проведення оцінки ризиків вчинення домашнього насильства» відсутня конкретизація цих підрозділів.

Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 25 лютого 2019 р. № 124 «Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України» передбачено, що взяття на профілактичний облік дитини-кривдника та проведення з нею профілактичної роботи в органах Національної поліції України здійснюються працівниками підрозділів ювенальної превенції Національної поліції України (п. 5 Розділу I «Загальні положення»)².

Павло Біленко, аналізуючи адміністративно-правовий статус підрозділів Національної поліції України, вважає, що до уповноважених підрозділів Національної поліції України, які здійснюють запобігання та протидію домашньому насильству, належать Департамент превентивної діяльності Національної поліції України, патрульна служба МВС України, підрозділи ювенальної превенції та служба дільничних офіцерів поліції³. Водночас основним суб'єктом у сфері запобігання та протидії домашньому насильству є служба дільничних офіцерів поліції, оскільки більшість повноважень, які визначено у ст. 10 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», віднесена до їх компетенції⁴.

Отже, у конкретизації переліку уповноважених підрозділів Національної поліції України як суб'єктів у сфері запобігання та протидії домашньому насильству необхідно враховувати адміністративно-правовий статус підрозділів Національної поліції України та коло повноважень, що належать до їх компетенції. З огляду на зазначене, Департамент превентивної діяльності Національної поліції України, Патрульна поліція України, підрозділи ювенальної превенції та дільничні офіцери поліції є такими суб'єктами. Взяття на профілактичний облік кривдника та проведення профілактичної роботи з кривдником є частиною практичної діяльності дільничних офіцерів поліції та підрозділів ювенальної превенції (якщо йдеться про дитину-кривдника).

Як слушно зазначає Павло Біленко, закріплення вичерпного переліку уповноважених підрозділів Національної поліції України, які здійснюють запобігання та протидію домашньому насильству, у нормативно-правових актах підвищить ефективність заходів із протидії цьому соціальному негативному явищу та дасть змогу більш ефективно протидіяти домашньому насильству в українському суспільстві. Дослідник пропонує внести відповідні зміни до Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству»⁵, однак, на думку авторів статті, конкретизувати перелік уповноважених підрозділів Національної поліції України доречно у відомчих нормативно-правових актах.

Зокрема, пропонуємо внести необхідні зміни до ч. 1 п. 4 Розділ I наказу Міністерства внутрішніх справ України від 25 лютого 2019 р. № 124 «Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України» («Загальні положення»): «Профілактичний облік кривдників та профілактична робота з ними в органах Національної поліції України здійснюються уповноваженим підрозділом органів Національної поліції України (далі – уповноважений підрозділ поліції)», – виклавши текст у такій редакції: «Профілактичний облік кривдників та профілактична робота з ними в органах Національної поліції України здійснюються дільничними офіцерами поліції та підрозділами ювенальної превенції відповідно до Інструкції з організації діяльності дільничних офіцерів поліції, затвердженої наказом Міністерства внутрішніх справ України від 28 липня 2017 року № 650, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 21 серпня 2017 року за № 1041/30909, Інструкції з організації роботи підрозділів ювенальної превенції Національної поліції України, затвердженої наказом Міністерства внутрішніх справ України від 19 грудня 2017 року № 1044, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 07 червня 2018 року за № 686/32138», – а також відповідно виключити п. 5 Розділ I цього наказу. Частиною 1 п. 1 Розділу II наказу Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України» від 25 лютого 2019 р. № 124 («Процедура взяття на профілактичний облік кривдника та зняття його з профілактичного обліку уповноваженим підрозділом поліції») замінити за аналогією до ч. 2 п. 1 Розділу II, виклавши у такій редакції: «Профілактичний облік осіб, що вчинили домашнє насильство, які досягли вісімнадцятирічного віку, здійснюється дільничними офіцерами поліції Національної поліції України».

Частиною 1 ст. 27 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» («Взяття на профілактичний облік кривдників та проведення з ними профілактичної роботи») визначено, що «уповнова-

жений підрозділ органу Національної поліції України бере на профілактичний облік кривдника з моменту виявлення факту вчинення ним домашнього насильства»⁶.

Підставами для поставлення кривдника на профілактичний облік, згідно з ч. 2 Розділу II наказу Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України» від 25 лютого 2019 р. № 124 («Процедура взяття на профілактичний облік кривдника та зняття його з профілактичного обліку уповноваженим підрозділом поліції») є складений адміністративний протокол про адміністративне правопорушення, передбачене ст. 173-2 КУпАП, терміновий заборонний припис стосовно кривдника, винесений працівником уповноваженого підрозділу поліції, отримання уповноваженим підрозділом поліції в установленому законом порядку інформації про видачу судом обмежувального припису кривднику, рішення суду про накладення адміністративного стягнення за адміністративне правопорушення, передбачене ст. 173-2 КУпАП, відкриття кримінального провадження стосовно кривдника у зв'язку з вчиненням ним домашнього насильства чи насильства за ознакою статі, повідомлення установи виконання покарань про звільнення від відбування покарання кривдника, засудженого за вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі⁷. У п. 4 Розділу II цього наказу («Процедура взяття на профілактичний облік кривдника та зняття його з профілактичного обліку уповноваженим підрозділом поліції») зазначається, що рішення про поставлення кривдника на профілактичний облік приймає керівник територіального (відокремленого) уповноваженого підрозділу поліції за результатами розгляду матеріалів, які є підставою для поставлення кривдника на профілактичний облік⁸. Однак, згідно з нормами КУпАП, повідомчість справ за ст. 173-2 КУпАП («Вчинення домашнього насильства, насильства за ознакою статі, невиконання термінового заборонного припису або неповідомлення про місце свого тимчасового перебування») належить районним, районним у місті, міським чи міськрайонним судам (суддям) (ст. 221 КУпАП)⁹.

Отже, складений адміністративний протокол про адміністративне правопорушення, передбачене ст. 173-2 КУпАП, терміновий заборонний припис стосовно кривдника, винесений працівником уповноваженого підрозділу поліції, як підстави є недостатніми для поставлення особи на профілактичний облік за фактом вчинення домашнього насильства, оскільки встановлення складу адміністративного правопорушення за фактом домашнього насильства належить до компетенції суду. Так само, як і визнання особи кривдником або постраждалою особою від домашнього насильства.

Практика превентивної діяльності уповноважених підрозділів Національної поліції України свідчить про те, що основними підставами поставлення кривдника на профілактичний облік є отримання уповноваженим підрозділом поліції в установленому законом порядку інформації про видачу судом обмежувального припису кривднику, рішення суду про накладення адміністративного стягнення за адміністративне правопорушення, передбачене ст. 173-2 КУпАП, відкриття кримінального провадження стосовно кривдника у зв'язку з вчиненням ним домашнього насильства чи насильства за ознакою статі, повідомлення установи виконання покарань про звільнення від відбування покарання кривдника, засудженого за вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі.

З огляду на викладене пропонуємо виключити з п. 2 Розділу II наказу Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України» від 25 лютого 2019 р. № 124 («Процедура взяття на профілактичний облік кривдника та зняття його з профілактичного обліку уповноваженим підрозділом поліції») ч. 1 та ч. 2: «Підставами для поставлення кривдника на профілактичний облік є:

– складений адміністративний протокол про адміністративне правопорушення, передбачене статтею 173-2 КУпАП;

– терміновий заборонний припис стосовно кривдника, винесений працівником уповноваженого підрозділу поліції;

– отримання уповноваженим підрозділом поліції в установленому законом порядку інформації про видачу судом обмежувального припису кривднику;

– рішення суду про накладення адміністративного стягнення за адміністративне правопорушення, передбачене статтею 173-2 КУпАП;

– відкриття кримінального провадження стосовно кривдника у зв'язку з вчиненням ним домашнього насильства чи насильства за ознакою статі;

– повідомлення установи виконання покарань про звільнення від відбування покарання кривдника, засудженого за вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі», – виклавши текст у такій редакції: «Підставами для поставлення кривдника на профілактичний облік є:

– отримання уповноваженим підрозділом поліції в установленому законом порядку інформації про видачу судом обмежувального припису кривднику;

– рішення суду про накладення адміністративного стягнення за адміністративне правопорушення, передбачене статтею 173-2 КУпАП;

– відкриття кримінального провадження стосовно кривдника у зв'язку з вчиненням ним домашнього насильства чи насильства за ознакою статі;

– повідомлення установи виконання покарань про звільнення від відбування покарання кривдника, засудженого за вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі».

Висновки. Профілактичний облік кривдника – це організаційно-практичні заходи в практичній діяльності уповноважених підрозділів органів Національної поліції України щодо контролю за поведінкою кривдника з метою недопущення повторного вчинення домашнього насильства, за дотриманням ним тимчасових

обмежень його прав та виконанням обов'язків, покладених на нього у зв'язку із вчиненням домашнього насильства. Уповноваженими підрозділами Національної поліції України, до компетенції яких входить взяття на профілактичний облік кривдника та проведення профілактичної роботи з кривдником, є дільничні офіцери поліції та підрозділи ювенальної превенції.

Підставами взяття на профілактичний облік кривдника є отримання уповноваженим підрозділом поліції в установленому законом порядку інформації про видачу судом обмежувального припису кривднику, рішення суду про накладення адміністративного стягнення за адміністративне правопорушення, передбачене ст. 173-2 КУпАП, відкриття кримінального провадження стосовно кривдника у зв'язку з вчиненням ним домашнього насильства чи насильства за ознакою статі, повідомлення установи виконання покарань про звільнення від відбування покарання кривдника, засудженого за вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі.

Нами запропоновано внести зміни до наказу Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України» від 25 лютого 2019 р. № 124 в частині, що стосується конкретизації переліку уповноважених підрозділів та підстав взяття особи на профілактичний облік кривдника Національної поліції України, з метою забезпечення ефективного функціонування останнього.

¹ 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: 03.05.2020).

² Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України: затв. Наказом МВС від 25.02.2019 р. № 124. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0270-19> (дата звернення: 02.05.2020).

³ Біленко П. Уповноважені органи Національної поліції України як суб'єкти запобігання та протидії домашньому насильству. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 10. С. 157–161. С. 160. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2019/10/27.pdf> (дата звернення: 03.05.2020).

⁴ 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: 03.05.2020).

⁵ Біленко П. Вказана праця.

⁶ 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: 03.05.2020).

⁷ Про затвердження Порядку взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України: затв. Наказом МВС від 25.02.2019 р. № 124. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0270-19> (дата звернення: 02.05.2020).

⁸ Там само.

⁹ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-X. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10> (дата звернення: 03.05.2020).

Резюме

Гусева К.А., Горбач-Кудря І.А. Профілактичний облік кривдника у практичній діяльності уповноважених підрозділів Національної поліції України з профілактики домашнього насильства.

У статті представлено модель нормативно-правового забезпечення функціонування профілактичного обліку кривдника. Визначено, що підставами взяття на профілактичний облік є отримання уповноваженим підрозділом поліції в установленому законом порядку інформації про видачу судом обмежувального припису кривднику, рішення суду про накладення адміністративного стягнення за адміністративне правопорушення, передбачене ст. 173-2 КУпАП, відкриття кримінального провадження стосовно кривдника у зв'язку з вчиненням ним домашнього насильства чи насильства за ознакою статі, повідомлення установи виконання покарань про звільнення від відбування покарання кривдника, засудженого за вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі. Запропоновано зміни до наказу МВС від 25 лютого 2019 р. № 124.

Ключові слова: профілактичний облік кривдника, запобігання та протидія домашньому насильству, взяття на профілактичний облік кривдника, перелік уповноважених підрозділів Національної поліції України, підстави застосування спеціального заходу.

Резюме

Гусева Е.А., Горбач-Кудря И.А. Профилактический учёт насильника в практической деятельности уполномоченных подразделений Национальной полиции Украины по профилактике домашнего насилия.

В статье представлена модель нормативно-правового обеспечения функционирования профилактического учета насильника. Определены основания к постановке на профилактический учет, а именно: получение уполномоченным подразделением полиции в установленном законом порядке информации о выдаче судом ограничительного предписания насильнику, решение суда о наложении административного взыскания за административное правонарушение, предусмотренное ст. 173-2 КУоАП открытие уголовного производства в отношении насильника в связи с совершением им домашнего насилия или насилия по признаку пола, сообщение учреждения исполнения наказаний об освобождении от отбывания наказания насильника, осужденного за совершение домашнего насилия или насилия по признаку пола. Предложены изменения к приказу МВД от 25 февраля 2019 г. № 124.

Ключевые слова: профилактический учет насильника, предотвращение и противодействие домашнему насилию, постановка на профилактический учет насильника, перечень уполномоченных подразделений Национальной полиции Украины, основания к применению специального мероприятия.

Summary

Katerina Guseva, Ivanna Gorbach-Kudrya. Preventive accounting of the rapist in the practical activities of authorized units of the National Police of Ukraine for the prevention of domestic violence.

The article presents a model of legal support for the functioning of preventive accounting of the offender a special measure in the system of the National Police of Ukraine, such as, specifies the list of authorized units and formulates the grounds for accounting of the offender National Police of Ukraine.

Preventive accounting of the offender is the organizational and practical measures in the practical activities of authorized units of the National Police of Ukraine to control the behavior of the offender in order to prevent recurrence of domestic violence, compliance with temporary restrictions on his rights and responsibilities the commission of domestic violence. The authorized subdivisions of the National Police of Ukraine, which are responsible for taking the offender into preventive accounting and carrying out preventive work with the offender, are district police officers and juvenile prevention units.

It is proposed to amend the order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine "On approval of the Procedure for accounting, preventive work and disaccounting of the offender by an authorized unit of the National Police of Ukraine" from 02/25/2019 № 124 taking a person on preventive accounting of the offender of the National Police of Ukraine, in order to ensure the effective functioning of the latter. In particular, to change part 1 item of 4 Section I, part 1 item 1 of Section II – by analogy to part 2 item 1 of this Section, to delete item 5 of Section I, part 1 and part 2 items of 2 Section.

Key words: preventive accounting of the offender, prevention and counteraction to domestic violence, accounting of the offender, list of authorized units of the National Police of Ukraine, grounds for application of the special measure.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.72

УДК 343.3/.7

Т.Ю. ТАРАСЕВИЧ, В.В. ЛАЗАРЕНКО

*Тетяна Юріївна Тарасевич, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-3860-9909

*Віталій Володимирович Лазаренко, аспірант Київського університету права НАН України***

ORCID: 0000-0001-5421-8281

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ДОВЕДЕННЯ ДО БАНКРУТСТВА ОКРЕМИХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Законодавство України про кримінальну відповідальність за доведення до банкрутства передбачає покарання у виді штрафу від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Наприклад, за доведення до банкрутства сільськогосподарського або державного підприємства покарання для винної особи навіть не передбачає обмеження або позбавлення волі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання кримінальної відповідальності за злочини у сфері банкрутства досліджували у своїх роботах вітчизняні науковці: П.П. Андрушко, П.С. Берзін, Н.О. Гуторова, О.О. Дудоров, В.О. Навроцький, Є.Л. Стрельцов, В.Я. Тацій, М.І. Хавронюк та інші.

Метою статті є визначення кримінальної відповідальності за доведення до банкрутства окремих суб'єктів господарської діяльності та надання пропозицій щодо внесення змін до законодавства України про кримінальну відповідальність.

Виклад основного матеріалу. Господарський кодекс України (далі – ГК) визначає неспроможність як нездатність суб'єкта підприємництва після настання встановленого строку виконати свої грошові зобов'язання перед іншими особами, територіальною громадою або державою інакше як через відновлення його платоспроможності. Банкрутством вважається нездатність боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів інакше як через застосування визначеної судом ліквідаційної процедури (ст. 209)¹.

Відповідно до ст. 1 Кодексу України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ), банкрутством є визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність за допомогою процедури санації та реструктуризації і погасити встановлені у порядку, визначеному цим Кодексом, грошові вимоги кредиторів інакше, ніж через застосування ліквідаційної процедури. Неплатоспроможність визначається як неспроможність боржника виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання перед кредиторами не інакше, як через застосування процедур, передбачених цим Кодексом².

© Т.Ю. Тарасевич, В.В. Лазаренко, 2020

* *Tetyana Tarasevich, Ph.D. in Law, Associate Professor of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

** *Vitaliy Lazarenko, Postgraduate students of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

Таким чином, поняття «фінансова неспроможність» є ширшим, аніж поняття «банкрутство», оскільки фінансова неспроможність передбачає можливість відновити свою платоспроможність за допомогою процедури санації та реструктуризації і погасити грошові вимоги кредиторів, тоді як банкрутство – визнана господарським судом неспроможність боржника задовольнити грошові вимоги кредиторів інакше, ніж через застосування ліквідаційної процедури.

У Цивільному кодексі України відсутні спеціальні норми, за допомогою яких можна здійснювати правове регулювання припинення діяльності окремих суб'єктів господарської діяльності, проте наявні норми, які регулюють порядок здійснення ліквідації юридичної особи та порядок задоволення вимог кредиторів (ст. ст. 110–112)³.

Відповідно до ч. 1 та 3 ст. 2 КУЗПБ провадження у справах про банкрутство регулюється цим Кодексом, Господарським процесуальним кодексом України, іншими законами України. Провадження у справах про банкрутство окремих категорій боржників регулюється з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом⁴.

Особливості банкрутства таких суб'єктів господарської діяльності, як фермерське господарство, державне підприємство та підприємство, у статутному капіталі якого частка державної власності перевищує 50 відсотків, визначені у ст. ст. 95 та 96 КУЗПБ.

Положення ст. 96 КУЗПБ не застосовуються до юридичних осіб – підприємств, що є об'єктами власності Автономної Республіки Крим та комунальної власності⁵.

ГК містить бланкетну норму, яка передбачає кримінальну відповідальність винних осіб за приховування банкрутства, фіктивне банкрутство, умисне доведення до банкрутства, а також за неправомірні дії у процедурах неплатоспроможності (ст. 215)⁶.

Оскільки в Кримінальному кодексі України (далі – КК) передбачена відповідальність лише за доведення до банкрутства (ст. 219)⁷, а відповідальність за приховування стійкої фінансової неспроможності (ст. 164¹⁵), за незаконні дії у разі банкрутства (ст. 166¹⁶) та за фіктивне банкрутство (ст. 166¹⁷) передбачена у Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП)⁸, вирішення зазначеної колізії між правовими нормами необхідно здійснити шляхом внесення відповідних змін до ст. 215 ГК.

Таким чином, відносини банкрутства є сферою правового регулювання господарського права, оскільки вони складаються в процесі здійснення господарської діяльності суб'єктами господарювання. Провадження у справах про банкрутство регулюється нормами КУЗПБ, Господарського процесуального кодексу України, іншими законами України, норми КК та КУпАП направлені на захист цих регулюючих норм і не можуть суперечити їм або їх підмінити.

Законодавство України про кримінальну відповідальність за доведення до банкрутства передбачає покарання у виді штрафу від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Тобто покарання для винної особи навіть не передбачає обмеження або позбавлення волі.

27 січня 2015 р. народний депутат України М.Й. Головка зареєстрував проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо посилення відповідальності за доведення до банкрутства)», з метою посилення відповідальності за доведення до банкрутства державних підприємств.

Відповідно до висновку Комітету з питань правової політики та правосуддя проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо посилення відповідальності за доведення до банкрутства)» не суперечив положенням Конституції України.

29 серпня 2019 р. проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо посилення відповідальності за доведення до банкрутства)» було відкликано.

Велика українська юридична енциклопедія визначає криміналізацію як виявлення суспільно небезпечних проявів поведінки людини, визнання державою можливості й необхідності застосування щодо них заходів кримінальної відповідальності і закріплення в кримінальному законі ознак суспільно небезпечних діянь, оголошених злочинами⁹.

На думку О.О. Дудорова, криміналізація може здійснюватись різними способами, зокрема, шляхом:

– внесення змін до Загальної частини КК (наприклад, зниження віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність);

– включення до Особливої частини КК статей, які передбачають нові склади злочинів;

– внесення змін до чинних кримінально-правових заборон, які призводять до розширення змісту ознак існуючих складів злочинів та, як наслідок, до розширення сфери потенційного застосування цих заборон¹⁰.

О.О. Дудоров зазначає, що підставою криміналізації визнається зумовлена змінами соціальної, економічної або політичної обстановки справжня потреба в тій чи іншій кримінально-правовій новелі, необхідність застосування кримінально-правових заходів до певної групи суспільних відносин, а принципи криміналізації поділяються на дві основні групи:

1) соціальні і соціально-психологічні;

2) системно-правові (загальноправові і кримінально-правові)¹¹.

О.О. Панченко звертає увагу на те, що процес збільшення верхніх меж санкцій у статтях, які передбачають ознаки складу злочину, має досліджуватися не теорією криміналізації суспільно небезпечних діянь, а теорією пеналізації злочинів. Віднесення ж його до переліку способів криміналізації зумовлюється тим, що апологети цієї точки зору мають власний погляд щодо самого поняття криміналізації¹².

У науці кримінального права обсяг поняття «пеналізація злочинів» визначається по-різному. Загально-визнаним є той факт, що пеналізація злочинів охоплює діяльність законодавця з визначення караності суспільно небезпечних діянь. Проте, на думку деяких науковців, окрім діяльності законодавця, до складу пена-

лізації входить і діяльність судів з призначення покарання за вчинення окремих злочинів. Так, П.Л. Фріс вважає, що пеналізація є синтетичним процесом, який складається з нормативного визначення характеру караності діянь та практичного призначення покарання за конкретний злочин¹³.

Ю.А. Пономаренко доводить суттєві відмінності між діяльністю законодавця зі встановлення караності суспільно небезпечних діянь і діяльністю суду з призначення покарання, що виключає можливість об'єднання цих видів діяльності в межах єдиного поняття пеналізації злочинів¹⁴.

Погоджуючись з виробленим кримінально-правовою доктриною розумінням пеналізації злочинів як видового поняття щодо більш широкого поняття, яким є кримінально-правова політика, вважаємо, що до видових відмінностей пеналізації злочинів належить здійснення її лише в межах законодавчої діяльності зі встановлення в законі караності суспільно небезпечних діянь.

Пеналізація злочинів тісно пов'язана з їх криміналізацією, тобто встановленням у законі злочинності суспільно небезпечних діянь. Остання виступає підставою для пеналізації, оскільки кримінальне покарання може встановлюватися лише за діяння, визнані злочинними. Нерозривний зв'язок між пеналізацією і криміналізацією злочинів проявляється і в тому, що необхідною ознакою злочину є його караність, тобто встановлення за його вчинення покарання у кримінальному законі. З цього випливає, що встановлюючи криміналізацію суспільно небезпечного діяння, законодавець має обов'язково здійснити і його пеналізацію.

Ю.А. Пономаренко пропонує виділяти такі види пеналізації: первинну, яка здійснюється вперше одночасно з криміналізацією діяння, та вторинну, при зміні санкції за вчинення діяння, яке вже було криміналізоване¹⁵.

Уявляється, що така позиція є недостатньо переконливою. Насамперед, вносячи певні зміни в характер караності суспільно небезпечного діяння, законодавець не здійснює його нову пеналізацію, а лише змінює її інтенсивність.

Таким чином, пеналізація злочинів відбувається одночасно з криміналізацією відповідного суспільно небезпечного діяння шляхом визнання в законодавстві України про кримінальну відповідальність певного діяння в якості злочину і встановлення кримінального покарання за його вчинення.

Ступінь суспільної небезпеки посягання та необхідність кримінально-правової охорони суспільних відносин залежить насамперед від цінності суспільних відносин, яким заподіюється або може бути заподіяна шкода. Злочини, пов'язані з банкрутством, є одними із найпоширеніших злочинів у сфері господарської діяльності. Їх суспільна небезпечність полягає у заподіянні матеріальної шкоди кредиторам, інвесторам та іншим особам. При цьому держава позбавляється важливого фінансового джерела – податків, кредитів та інвестицій.

Для того щоб суд, розглядаючи конкретне провадження, міг призначити справедливе покарання, законодавцеві необхідно встановити справедливу санкцію. Цілком очевидно, що принцип справедливості під час призначення покарання може бути реалізований лише у випадку, коли він врахований законодавцем при конструюванні санкцій Особливої частини КК. Водночас побудова санкцій кримінально-правових норм є однією з найскладніших проблем законотворчої діяльності.

Відповідно до Єдиного державного реєстру судових рішень України у 2016–2020 рр. судами не ухвалено жодного обвинувального вироку за вчинення злочину, передбаченого ст. 219 КК, оскільки суди постановляють ухвали про закриття відповідних кримінальних проваджень у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності.

Так, 17 жовтня 2017 р. Броварський міський районний суд Київської області у справі № 361/4035/17 закрив кримінальне провадження у зв'язку з закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності¹⁶.

З матеріалів справи судом було встановлено, що ОСОБА_1, займаючи посаду директора ОСОБА_2, діючи умисно та протиправно, з корисливих мотивів, маючи мету доведення керованого ним підприємства до стійкої фінансової неспроможності та до банкрутства, уклав 3 серпня 2007 р. від імені підприємства Договір № 03-08/07 з ТОВ «Лізингова компанія «Укрпромлізінг» про надання безвідсоткової зворотної фінансової допомоги в розмірі 60 000 грн на 30 календарних днів по 2 вересня 2007 р. для здійснення часткових розрахунків перед ДП «Державний інститут землеустрою» та ДП «Укр НДІ Процивільсільбуд» щодо розробки проектно-вишукувальної документації та детального плану житлової забудови земельної ділянки площею 61,78 га в с. Рожни Броварського району Київської області та інших зв'язаних з цим робіт.

При цьому директор ОСОБА_2 ОСОБА_1 діяв з корисливих мотивів та в інтересах третіх осіб, усвідомлюючи, що у випадку не повернення отриманих від ТОВ «ЛК «Укрпрослізінг» грошових коштів та прийняття судовими органами рішення щодо стягнення з ОСОБА_2 основної суми боргу та нарахованої на неї пені, яка у подальшому в процесі процедури банкрутства підлягає обов'язковому поверненню кредитору та значно перевищує початкову суму боргу, що є в інтересах кредитора та в його особистих інтересах.

5 грудня 2019 р. Мелітопольський міський районний суд Запорізької області у справі № 937/9810/19 закрив кримінальне провадження у зв'язку з закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності¹⁷.

З матеріалів справи судом було встановлено, що у 2012 р. колишнім директором ТОВ «ТД «Азмол», без узгодження з Фондом державного майна України, надано ПАТ «Азмол» безпроцентну фінансову допомогу у розмірі 15 млн грн з терміном повернення один рік.

Однак ПАТ «Азмол» не мав крайньої необхідності у отриманні зазначеної фінансової допомоги. Через рік вказану суму фінансової допомоги повернуто не було. Зазначений факт призвів до банкрутства ПАТ «Азмол», формування комітету кредиторів на чолі з ТОВ «ТД «Азмол», який мав найбільшу частку боргу та керував санацією і подальшим банкрутством ПАТ «Азмол».

14 січня 2020 р. Кіровський районний суд м. Дніпра у справі № 932/18894/19 заклав кримінальне провадження в підготовчому судовому засіданні у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності¹⁸.

Відповідно до КК, особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею злочину і до дня набрання вироком законної сили минуло два роки, у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання менш суворе, ніж обмеження волі (ст. 49)¹⁹.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) встановлює строк на проведення досудового розслідування злочину невеликої або середньої тяжкості протягом 12 місяців. Досудове розслідування злочину невеликої або середньої тяжкості також може бути продовжено до шести місяців (ст. 219)²⁰.

Таким чином, КПК передбачає можливість проведення досудового розслідування злочину, передбаченого ст. 219 КК, протягом 18 місяців. Відповідно, підготовче провадження та судовий розгляд мають бути проведені, а обвинувальний вирок повинен набрати законної сили не пізніше шести місяців з дня надходження обвинувального акта до суду, інакше обвинувачений звільняється від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

Враховуючи проблеми місцевих загальних судів з укомплектованістю судьями та завантаженістю справами, вважаємо, що строк у шість місяців на проведення підготовчого провадження, судового розгляду та набрання обвинувальним вироком законної сили щодо злочину, передбаченого ст. 219 КК, є недостатнім.

У зв'язку з цим пропонуємо запровадити покарання у виді обмеження волі за вчинення злочину, передбаченого ст. 219 КК, що збільшить строки давності притягнення до кримінальної відповідальності до трьох років та викласти санкцію ст. 219 КК в такій редакції: карається штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Доведення підприємства до банкрутства, зокрема державного або з державною часткою власності, дуже поширене в Україні і зовні проявляється переважно як приховані форми приватизації. Такі дії щодо державних підприємств мають наслідком не лише сумнівні приватизаційні угоди, а й руйнування цілісних майнових комплексів стратегічно важливих для держави об'єктів, різкого зростання безробіття тощо.

Діяльність сільськогосподарських підприємств відіграє винятково важливу роль у розвитку ринкової економіки України, оскільки вона спричинена залученням значної кількості інвестицій в економіку нашої держави та поліпшенням економічної ситуації в Україні. Частка сільського господарства у ВВП України у 2019 р. становила 8,9 %, або майже 360 мільярдів гривень. А у найближчому майбутньому сільське господарство може стати найбільшим джерелом експорту.

Водночас за доведення до банкрутства сільськогосподарського, державного підприємства чи підприємства, з державною часткою власності, винна особа може отримати покарання у виді штрафу з обмеженням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Призначення покарання у виді штрафу з обмеженням певних прав за вчинення зазначеного злочину не є достатнім для досягнення цілей покарання та тягне за собою несправедливість у застосуванні кримінального закону, що не може вважатися прийнятним.

Для порівняння, санкція ст. 218¹ КК за доведення банку до неплатоспроможності передбачає обмеження волі на строк від одного до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з накладенням штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років²¹.

Висновки. Враховуючи високий ступінь суспільної небезпеки у разі доведення до банкрутства сільськогосподарського, державного підприємства та підприємства, у статутному капіталі якого частка державної власності перевищує 50 відсотків, вважаємо за необхідне запровадити суворіше покарання, ніж накладення штрафу з обмеженням певних прав, та внести відповідні зміни до законодавства України про кримінальну відповідальність.

¹ Господарський кодекс України: Закон від 16.01.2003 р. № 436-IV. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 16.05.2020).

² Кодекс України з процедур банкрутства: Закон від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19> (дата звернення: 16.05.2020).

³ Цивільний кодекс України: Закон від 16.01.2003 р. № 435-IV. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 16.05.2020).

⁴ Див.: Кодекс України з процедур банкрутства: Закон від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19> (дата звернення: 16.05.2020).

⁵ Там само.

⁶ Див.: Господарський кодекс України: Закон від 16.01.2003 р. № 436-IV. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 16.05.2020).

⁷ Кримінальний кодекс України: Закон від 05.04.2001 р. № 2341-III. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 16.05.2020).

⁸ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 26.10.2017 р. № 80731-X. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 16.05.2020).

⁹ Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право. 2016: Т. 17: Кримінальне право / редкол. В.Я. Тацій. С. 459.

¹⁰ Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваїте, 2017. С. 51.

¹¹ Там само. С. 52.

¹² Панченко О.О. Криміналізація на соціальна обумовленість. *Вісник асоціації кримінального права України*. 2017. № 1(8). С. 47.

¹³ Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. Одеса: Фенікс, 2018. С. 32.

¹⁴ Пономаренко Ю.А. Поняття пеналізації злочинів. *Питання боротьби зі злочинністю*. Харків: Кроссруд, 2009. Вип. 17. С. 70.

¹⁵ Там само. С. 74.

¹⁶ Ухвала Броварського міськрайонного суду Київської обл. від 17.10.2017 р. Справа № 361/4035/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69560548> (дата звернення: 16.05.2020).

¹⁷ Ухвала Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької обл. від 05.12.2019 р. Справа № 937/9810/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86188613> (дата звернення: 16.05.2020).

¹⁸ Ухвала Кіровського районного суду м. Дніпра від 14.01.2020 р. Справа № 932/18894/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86910777#> (дата звернення: 16.05.2020).

¹⁹ Див.: Кримінальний кодекс України: Закон від 05.04.2001 р. № 2341-III. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 16.05.2020).

²⁰ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 16.05.2020).

²¹ Див.: Там само.

Резюме

Тарасевич Т.Ю., Лазаренко В.В. Кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства окремих суб'єктів господарської діяльності.

У статті проведено розмежування фінансової неспроможності та банкрутства, яке є визнаною господарським судом неспроможністю боржника задовольнити грошові вимоги кредиторів інакше, ніж через застосування ліквідаційної процедури. Законодавство України про кримінальну відповідальність за доведення до банкрутства передбачає покарання у вигляді штрафу від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Зроблено висновки щодо необхідності посилення кримінальної відповідальності за доведення до банкрутства сільськогосподарського, державного підприємства та підприємства, у статутному капіталі якого частка державної власності перевищує 50 відсотків.

Ключові слова: злочин, доведення до банкрутства, криміналізація, суб'єкт господарської діяльності.

Резюме

Тарасевич Т.Ю., Лазаренко В.В. Уголовная ответственность за доведение до банкротства отдельных субъектов хозяйственной деятельности.

В статье проведено разграничение финансовой несостоятельности и банкротства, которое является признанной хозяйственным судом неспособностью должника удовлетворить денежные требования кредиторов иначе, чем через применение ликвидационной процедуры. Законодательство Украины об уголовной ответственности за доведение до банкротства предусматривает наказание в виде штрафа от двух тысяч до трех тысяч необлагаемых минимумов доходов граждан с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет. Сделаны выводы о необходимости усиления уголовной ответственности за доведение до банкротства сельскохозяйственного, государственного предприятия и предприятия, в уставном капитале которого доля государственной собственности превышает 50 процентов.

Ключевые слова: преступление, доведение до банкротства, криминализация, субъект хозяйственной деятельности.

Summary

Tetyana Tarasevich, Vitaliy Lazarenko. Criminal liability for bringing bankruptcy of certain business entities.

The article distinguishes between financial insolvency and bankruptcy, which is recognized by the economic court as the debtor's inability to satisfy monetary claims of creditors differently than through the application of the liquidation procedure. The legislation of Ukraine on criminal liability for bankruptcy provides for a fine of two thousand to three thousand non-taxable minimum incomes of citizens with the deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities for up to three years.

Bringing an enterprise to bankruptcy, in particular state or state-owned, is very common in Ukraine and outwardly manifests itself mainly as covert forms of privatization. Such actions against state-owned enterprises result not only in dubious privatization agreements, but also in the destruction of integral property complexes of strategically important objects for the state, a sharp rise in unemployment, and so on.

The activity of agricultural enterprises plays an extremely important role in the development of the market economy of Ukraine, as it is caused by attracting a significant amount of investment in the economy of our country and improving the economic situation in Ukraine. The share of agriculture in Ukraine's GDP in 2019 was 8.9%, or almost 360 billion hryvnias.

At the same time, for the bankruptcy of an agricultural or state-owned enterprise, the guilty person may be punished by a fine with restriction of the right to hold certain positions or engage in certain activities. The imposition of a penalty in the form of a fine with restriction of certain rights for the commission of this crime is not sufficient to achieve the purposes of punishment and entails an injustice in the application of criminal law, which cannot be considered acceptable. Conclusions have been drawn on the need to strengthen criminal liability for bankruptcy of an agricultural, state-owned enterprise and enterprise, in the authorized capital of which the share of state ownership exceeds 50 percent.

Key words: crime, bankruptcy, criminalization, business entity, state-owned enterprise.

Ж.В. УДОВЕНКО

*Жанна Володимирівна Удовенко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету «Києво-Могилянська академія»**

ORCID: 0000-0002-4100-0723

АНАЛІЗ МІЖНАРОДНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО НЕВТРУЧАННЯ В ОСОБИСТЕ ТА СІМЕЙНЕ ЖИТТЯ

Постановка проблеми. Питання невтручання в особисте та сімейне життя за кримінальним процесуальним законодавством України та зарубіжних країн малодосліджені та не систематизовані. Водночас проведення порівняльно-правових досліджень надає змогу вийти за межі національної правової системи, поглянути під особливим кутом зору на низку традиційних проблем юридичної науки та практики, розширити обрії юридичних пошуків, здійснити обмін правовою інформацією, науковими ідеями, враховувати як позитивний, так і негативний зарубіжний юридичний досвід у різних сферах – у науковій, освітній і практичній¹.

Формулювання мети статті. Метою статті є визначення спільних основних особливостей і відмінностей у законодавствах країн ЄС та України щодо дослідження міжнародного законодавства про унормування засади невтручання в особисте та сімейне життя під час здійснення кримінального провадження й дотримання прав та законних інтересів його учасників.

Виклад основного матеріалу дослідження. Законодавство про «прайвесі» бере свої витоки з 1361 р., коли англійськими суддями був прийнятий Мирний акт (Peace Act), що став юридичною основою для арешту наглядців. У 1765 р. британський лорд Кемден, критикуючи намагання виправдати вторгнення в житло і вилучення паперів, писав про твердження, що в його країні немає закону, який дозволяє виправдати втручання, а якби такий закон існував, він би підірвав спокій в суспільстві, оскільки папери – іноді найцінніше, що є у людини.

За образним висловом члена англійського парламенту Вільяма Пітта всі королівські сили не владні над жебраком, якщо він знаходиться в своїй халупі. Вона може бути старою, її дах може труситися, вітер може продувати її наскрізь, грози й зливи можуть проникати всередину, але ні король Англії, ні всі його сили не сміють переступити поріг цього напівзруйнованого житла. Звичайно, подібні питання привертати увагу не лише британської юстиції. У 1776 р. парламент Швеції видав акт під назвою «Доступ до громадських архівів». Відповідно до цього документа, держава мала право використовувати будь-яку зібрану нею інформацію лише в законних цілях. У Франції в 1858 р. ввели великий грошовий штраф за публікацію приватних даних².

Водночас систематичне дослідження «прайвесі» веде свою історію саме з роботи С. Уоррена і Л. Брендіса «Право на приватне життя» (The Right To Privacy)³, присвяченої неприпустимості втручання преси в певні сторони приватного життя людини. Як цілком слушно зазначає О.В. Ходус, «надане ними юридичне визначення приватності (у значенні «права бути залишеним наодинці»), розглядали принцип «недоторканності особистого» (конфіденційності особистої інформації) як неодмінну умову «права бути особою». До сказаного слід додати, що «privacy» – типове англійське поняття, що створює додаткові труднощі з його інтерпретацією. Зокрема, якщо в англосаксонській мовній традиції «privacy» широко вживають не лише в юриспруденції або дизайні, а й у буденній мові, то її присутність, приміром, в українському мовному просторі, вже не так очевидна, хоча й можна виявити певну співзвучність між англійським «privacy» і українськими лексемами «приватне життя», «приватна власність», «приватні стосунки»⁴. Незважаючи на те, що в судовій практиці це право існує вже кілька десятиліть, ні Конституція США, ні Конституції більшості європейських країн не згадують про таке право, як невтручання в приватне життя. Проте законодавство, що передбачає окремі гарантії захисту приватного життя, все ж таки існує. Для прикладу, в США персональну інформацію розглядають відповідно до концепції «privacy». Цю концепцію реалізують через Стандарт CSA, прийнятий у 1996 р. Вказаний нормативно-правовий документ використовують в Америці головним чином тому, що його поширюють на всі країни-члени НАТО.

У минулому, на думку Р. Стандлера, проблема «прайвесі» не була такою актуальною. Зберегти в таємниці, зокрема, зміст розмови можна було, зробивши елементарні заходи запобігання. Науково-технічний прогрес запровадив нові інформаційні технології, що надають фактично безмежні можливості збирання, аналізу та поширення інформації про приватних осіб. Самостійно захистити себе стало практично неможливо, і виникла необхідність в державному (законодавчому) регулюванні⁵.

Г.Б. Романовський справедливо вбачає причини цього явища не лише в «ранньому віці» права на невтручання в приватне життя, а й у тому, що «воно багатьма юристами визнається як нематеріальне благо, яке не можна виокремити, захистити, «помацати». З недоторканністю житла і таємним листуванням таких проблем не виникає. Житло – це об'єкт, який не можна заховати в кишені, як і таємницю листування, що безпосередньо пов'язане з реальними предметами – листами, телеграмами тощо»⁶. На наш погляд, право на

© Ж.В. Удовенко, 2020

* Zhanna Udovenko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of the National University of «Kyiv-Mohyla Academy»

невтручання у приватне життя, незважаючи на свою нематеріальність, є первинним, а таємницю листування і недоторканність житла можна розглядати не лише як самостійні права особи, а й як найважливіші гарантії права на приватне життя.

Проте більшість Конституцій країн Європейського Союзу не містять спеціальних норм щодо невтручання у приватне життя громадян. До таких держав належать Австрія, Німеччина, Данія, Ірландія, Італія, Люксембург, Фінляндія, Франція. Водночас у законодавстві цих країн, як правило, передбачено низку засобів захисту особистого життя: недоторканність житла та таємницю листування, телефонних розмов, телеграфних та інших повідомлень. Зазвичай зазначені й підстави обмеження цих прав.

Для прикладу, у ст. 10 Основного закону Австрії встановлено, що таємниця листування не може бути порушеною. Вилучення кореспонденції, за винятком передбачених законом випадків арешту та обшуку, може проводитися лише в умовах війни чи на підставі судового наказу відповідно до діючих законів⁷.

У ст. ст. 13–15 Конституції Італійської Республіки 1947 р. вказано, що недоторканність житла і таємниця листування можуть бути обмежені у випадках і в порядку, встановленому законом і відповідно до гарантій, встановлених для охорони особистої свободи⁸. Відповідно до ст. 13 Основного закону Німеччини 1949 р., проведення обшуків можливе лише за розпорядженням судді, а у випадках, коли є небезпека зволікання, також за розпорядженням інших, передбачених законом, органів у встановленому законом порядку. У свою чергу, ст. 10 цього Закону передбачає, що таємниця листування, а також поштового, телеграфного та телефонного зв'язку, є недоторканими. Обмеження можуть бути встановлені лише на підставі закону⁹.

Конституції Бельгії, Греції, Іспанії, Португалії, Швеції, поряд із правами на недоторканність житла і таємницю листування, поштових та інших повідомлень, містять спеціальні норми, присвячені захисту приватного життя, особистої й сімейної таємниці. Для прикладу, в Конституції Швеції 1974 р. передбачено «святість приватного життя». З метою її охорони можливе обмеження свободи, вираження поглядів та свободи інформації. У 1988 р. Основний закон цієї країни був доповнений заборонаю вносити персональні дані у «загальний реєстр» без згоди громадянина. Якщо законом не передбачено інше, іноземець має також захист від особистого та домашнього обшуку, а також від втручання в інтимні відносини¹⁰. Докладно регламентовано процедуру недоторканності приватного життя у ст. 10 Конституції Королівства Нідерландів 1983 р. У ст. 12 Конституції цієї держави закріплено норму про те, що особи, які хочуть проникнути до житлового приміщення на законних підставах, мають пред'явити документи, що засвідчують особу, і пояснити причини своєї вимоги. Особам, які проживають у цьому приміщенні, надається письмовий звіт¹¹. Натомість детальний порядок захисту права на невтручання в приватне життя під час збирання та розповсюдження інформації встановлений спеціальним Актом парламенту.

Деяка схожість формулювань в конституціях різних країн багато в чому пов'язана з тим, що з другої половини ХХ ст. на їх внутрішньодержавне право стало впливати міжнародно-правове регулювання аналізованих правовідносин у сфері захисту прав і свобод людини. Це знаходить свій прояв у тому, що держави, підписуючи конкретний міжнародний договір, мають визначити його несуперечність національному законодавству або, за необхідності, зобов'язані привести своє внутрішнє законодавство у відповідність до міжнародних стандартів. У цих випадках мають бути створені національні засоби правового захисту, ідентичні міжнародним.

Нині захист прав і основних свобод людини на внутрішньому і міжнародному рівні тісно пов'язані між собою. Більш того, міжнародні механізми підсилюють дію внутрішнього захисту прав людини.

Слід зазначити, що принцип невтручання в особисте і сімейне життя не закріплений не лише у Конституціях низки європейських держав, а й у їх кримінально-процесуальному законодавстві, зокрема у Німеччині, Італії, Іспанії, Австрії, Франції.

Визначаючи держави для проведення компаративістського дослідження кримінального процесуального законодавства ЄС щодо невтручання в приватне життя, ми вирішили відійти від традиційних підходів та застосувати класифікацію, яку вперше запропонувала С.Я. Лихова¹² і яка є найбільш актуальною і оптимально відповідає вимогам сучасного стану компаративного дослідження. Безумовно, можна погодитися з тим, що хоча Україна є державою, право якої умовно можна віднести до романо-германської правової сім'ї, великого значення набуває не стільки романо-германська традиція, скільки правові акти тих міжнародних організацій, учасницею яких є або прагне бути Україна (РЄ, СНД, Світова Організація Торгівлі, НАТО, ЄС та інші)¹³. Саме така методика дасть змогу, по-перше, проаналізувати особливості законодавства окремих держав-учасниць ЄС; по-друге, встановити відповідність національного законодавства європейським нормам і стандартам; по-третє, дійти висновків щодо можливості і необхідності реформування вітчизняного законодавства з метою його адаптації до законодавства країн ЄС в умовах глобалізації та євроінтеграції. Тож дослідження законодавства цих країн сприятиме визначенню змісту та сутності правових традицій, які прагне гармонізувати Україна.

Для прикладу, у Кримінально-процесуальному кодексі ФРН (КПК ФРН) система принципів кримінального провадження взагалі не визначена¹⁴. Серед науковців також не існує єдиного підходу до цього питання. Зокрема, М.Г. Стойко стверджує, що фундаментальними принципами німецького кримінального процесу є: принцип обвинувачення, офіційності, обов'язок кримінального переслідування, розслідування, усності, безпосередності, гласності, вільної оцінки доказів і «швидкого» суду¹⁵. Натомість А.В. Молдован уточнює, що з усіх принципів у КПК ФРН прямо закріплено лише принципи офіційності (ч. 1 § 152), обвинувачення (§ 151, 155, 264), законності (ч. 2 § 152), обов'язку дослідження всіх обставин кримінальної справи (ч. 2 § 155, 244)¹⁶. Водночас, на думку Уве Хелльмана, яку наводять П. Головненков та Н. Спица, принципами кримінального процесу ФРН є: 1) законність; 2) монополія держави на кримінальне переслідування; 3) офіційне розслідування; 4) усність і публічність; 5) вільна оцінка доказів; 6) недоторканність людської гідності; 7) гарантії, передбачені ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹⁷. Отже, німецький законодавець не вказує переліку засад кримінально-процесуальної діяльності. Натомість у КПК України

2012 р. основоположні засади кримінального провадження визначені в окремому розділі із застереженням, що зміст і форма кримінального провадження повинні відповідати його загальним засадам.

Що стосується держав пострадянського простору, то засада невтручання в приватне життя знайшла своє диференційоване відображення в низці норм КПК. Для прикладу, у ч. 1 ст. 15 КПК Молдови визначено, що будь-яка особа користується правом недоторканності приватного життя, таємниці інтимного і сімейного життя, захисту честі й гідності особистості. Під час кримінального судочинства ніхто не має права самоправно і незаконно втручатися в інтимне життя людини.

Під час процесуальних дій, зазначено у ч. 2 вказаного Кодексу, не повинні збиратися без потреби відомості про приватне і інтимне життя особи, які особа вважає конфіденційними. Учасники процесуальних дій на вимогу органу кримінального переслідування і судової інстанції беруть на себе письмове зобов'язання про нерозголошення даних такого роду¹⁸.

У ч. 1 ст. 13 КПК Республіки Білорусь передбачено охорону особистого життя в наступній редакції: «Кожен має право на захист від незаконного втручання в його особисте життя, у тому числі від посягання на таємницю його кореспонденції, телефонних та інших повідомлень. Ніхто не може при провадженні за матеріалами в кримінальній справі бути позбавлений зазначеного права або обмежений у ньому інакше як з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом»¹⁹.

Водночас залишаються дискусійними питання щодо відсутності чіткої методології визначення змісту та обсягу поняття «приватне життя»; не конкретизовано й не окреслено його зміст.

Варто зазначити, що нечітке формулювання приватності в законодавстві та юридичній літературі призвело до вживання різних термінів для позначення відповідного поняття: «приватне життя», «особисте життя», «сімейне життя», «недоторканність приватного життя».

Проведений аналіз норм законодавства різних країн допомагає визначити прогалини в національному законодавстві з проблем врегулювання невтручання в особисте і сімейне життя, усунути їх шляхом внесення змін та доповнень до Конституції України, КПК України та Законів України з метою удосконалення процесуальних аспектів, що гарантують невтручання в приватне життя громадян, які беруть участь у кримінальному провадженні.

Саме під час порівняльно-правового аналізу є можливість виділити найкращі та прогресивні здобутки зарубіжної кримінально-процесуальної науки з метою їх імплементації у законодавство України.

Висновки. Отже, приватне життя – особлива сфера відносин, що не підлягає зовнішньому контролю і знаходиться за межами права. Проте саме право покликане гарантувати невтручання в приватне життя. Особливої актуальності це положення набуває під час здійснення кримінального провадження, коли існує занадто великий ризик порушення прав та законних інтересів його учасників. Обмеження цих прав можливе лише в порядку, передбаченому законодавством, та виключно для досягнення завдань кримінального провадження з метою захисту держави, суспільства та окремих громадян від злочинних посягань.

¹ Ткаченко В.Д., Погребняк С.П., Лук'янов Д.В. Порівняльне правознавство: підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. Харків: Право, 2003. 274 с.

² Banisar D. Freedom of Information around the World. 2006, Privacy International. P. 16.

³ Лузин В.В. Право на смерть. *Сибирський юридический вестник*. 1998. № 3. С. 14–15.

⁴ Ходус О.В. Феномен приватності: соціально-філософська рефлексія: дис. ... канд. філ. наук: 09.00.03 / Дніпр. нац. унів. ім. Олеся Гончара. Дніпро, 2018. 530 с.

⁵ Standler R.B. Privacy Law in the USA. URL: [www://rbs2.com/privacy.htm](http://rbs2.com/privacy.htm) (Last accessed: 14.05.2020).

⁶ Романовский Г.Б. Нормативное закрепление права на неприкосновенность частной жизни. *Юрист*. 2000. № 11. С. 3–5.

⁷ Конституція Австрії. URL: <https://legalns.com/компетентные-юристы/правовая-библиотека/конституции-стран-мира> (дата звернення: 13.05.2020).

⁸ Конституція Італійської Республіки (з передмовою Володимира Шаповала). Київ: Москаленко О.М., 2018. 62 с.

⁹ Конституція Федеральної Республіки Німеччини. URL: https://www.1000dokumente.de/?cdokument_de&dokument=0014_gru&l=ru&object=translation (дата звернення: 13.05.2020).

¹⁰ Конституція Швеції. URL: <https://legalns.com/компетентные-юристы/правовая-библиотека/конституции-стран-мира> (дата звернення: 13.05.2020).

¹¹ Конституція Королівства Нідерландів. URL: <https://legalns.com/компетентные-юристы/правовая-библиотека/конституции-стран-мира> (дата звернення: 13.05.2020).

¹² Андрушко П.П., Зінченко І.О., Лихова С.Я. Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав / за заг. ред. В.П. Тихого. Харків: Кроссруд, 2008. 344 с.

¹³ Лиськов М.О. Кримінально-правова характеристика складів злочинів проти трудових прав людини: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів: Львівський держ. ун-т внутрішніх справ, 2012. 208 с.

¹⁴ Уголовно-процесуальний кодекс ФРГ. URL: [https://pravo.org.ua/files/_\(1\).pdf?__cf_chl_jschl_tk__](https://pravo.org.ua/files/_(1).pdf?__cf_chl_jschl_tk__) (дата звернення: 13.05.2020).

¹⁵ Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем: монография. Санкт-Петербург: Издательский Дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2006. С. 264.

¹⁶ Молдован А.В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США: навч. посіб. Київ: Центр навчальної літератури, 2005. 352 с.

¹⁷ Головенков П., Спица Н. Уголовно-процесуальний кодекс Федеративної Республіки Німеччини – Strafprozessordnung (StPO): научно-практический комментарий и перевод текста закона со вступительной статьей профессора Уве Хелльманна «Введение в уголовно-процесуальное право ФРГ» Potsdam: Universitätsverlag Potsdam. 2012. 405 с.

¹⁸ КПК Молдови. URL: http://pravo.org.ua/files/____.pdf (дата звернення: 15.05.2020).

¹⁹ КПК Республіки Білорусь. URL: <https://etalonline.by/document/?regnum=НК9900295> (дата звернення: 15.05.2020).

Резюме

Удовенко Ж.В. Аналіз міжнародного законодавства щодо невтручання в особисте та сімейне життя.

У статті проаналізовані базові принципи, міжнародні правові акти, зокрема Конституції США та країн Євросоюзу, що регламентують відносини у сфері особистого та сімейного життя. У дослідженні визначено особливості національних регулятивних підходів невтручання в приватне життя, які мають розвинене законодавство і багаторічний досвід з питань захисту прав і свобод людини. Узагальнено міжнародний досвід провідних країн світу у сфері захисту особистого та сімейного життя. У зв'язку з тим, що поняття «невтручання в приватне життя» є відносно новим для вітчизняного законодавства України, значний інтерес викликає вивчення зарубіжного досвіду правового регулювання цієї засади кримінального провадження.

Ключові слова: засади кримінального провадження, принципи законодавства, приватне життя, особисте життя, сімейне життя, захист, людина.

Резюме

Удовенко Ж.В. Анализ международного законодательства невмешательства в личную и семейную жизнь.

В статье проанализированы базовые принципы, международные правовые акты, в частности Конституции США и стран Евросоюза, регламентирующие отношения в сфере личной и семейной жизни. В исследовании определены особенности национальных регулятивных подходов невмешательства в частную жизнь, которые имеют развитое законодательство и многолетний опыт по вопросам защиты прав и свобод человека. Обобщен международный опыт ведущих стран мира в сфере защиты личной и семейной жизни. В связи с тем, что понятие «невмешательство в частную жизнь» является относительно новым для отечественного законодательства Украины, значительный интерес представляет изучение зарубежного опыта правового регулирования этого принципа уголовного производства.

Ключевые слова: принципы уголовного производства, принципы законодательства, частная жизнь, личная жизнь, семейная жизнь, защита, человек.

Summary

Zhanna Udoenko. Analysis of international legislation on non-interference in personal and family life.

Abstract. This article analyzes the basic principles of international legal acts, the Constitution of the USA and the countries of the European Union, regulating relations in the sphere of protection personal and family life. Due to the fact that the concept of “non-interference into privacy” is relatively new to the criminal procedural legislation of Ukraine, the basics for normative legal regulation of a justified interference with privacy by state authorities while conducting criminal investigations are emphasized; their importance for criminal investigation is paid special attention in judicial consideration along with taking into account the specifics of national legislation. The purpose of the article is to investigate the concept of the right to non-interference within the privacy.

The study determined the peculiarities of national regulatory approaches to non-interference with private life that have developed legislation and years of experience in protecting human rights and freedoms. This paper summarizes the international experience of leading countries in the field of protection of personal and family life is generalized. Since the concept of “non-interference with private life” is relatively new to the domestic legislation of Ukraine, it is of great interest to study foreign experience of legal regulation of this basis of criminal proceedings. The specificity of the purpose and objectives of the study necessitated the use of dialectical, comparative-legal, historical-legal, formal-logical, system-structural, sociological, and statistical and other methods of scientific search.

As a result of the research, on the basis of the analysis of international legal documents, the Constitution of Ukraine, the Criminal Procedure Code of Ukraine and the positions covered in scientific publications, special attention is paid to the urgency on observing the guarantees of non-interference with privacy in criminal proceedings, when there is a high risk of violation of rights and legitimate interests of its participants. It is argued that restrictions on these rights are possible only in the manner guaranteed by the law and solely to achieve the objectives of criminal proceedings in order to protect the state, society and individual citizens from criminal encroachments.

Key words: principles of criminal proceedings, principles of law, private life, personal life, family life, protection, people.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.74

УДК 343.341

Т.О. ЧАСОВА

*Тетяна Олександрівна Часова, кандидат юридичних наук, старший викладач Академії праці, соціальних відносин та туризму, адвокат**

ORCID: 0000-0002-0293-6123

ВИКОРИСТАННЯ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ЕКОНОМІКИ

Постановка проблеми. Забезпечення економічної безпеки держави та недопущення вчинення злочинів у сфері економіки можливо за умови боротьби з легалізацією (відмиванням) доходів, отриманих злочинним шляхом. Вчинення економічних злочинів підриває економічну та фінансову систему держави, посягає на законні інтереси як учасників бізнесу, так і його окремих елементів. Найчастіше «відмиті» грошові кошти, отримані злочинним шляхом, у подальшому застосовуються в підприємницькій діяльності з метою отриман-

© Т.О. Часова, 2020

* *Tetiana Chasova, Ph.D. in Law, Senior Lecturer of the Academy of Labor, Social Relations and Tourism*

ня доходу. Саме тому вивчення питання фінансового моніторингу популяризується та набуває особливої актуальності.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Науковою основою даної статті стали праці таких українських науковців, як О.О. Балануца, Е.С. Дмитренко, М.В. Дубина, А.А. Хмелюк, а також інших дослідників, які зробили значний внесок у розробку правових аспектів, пов'язаних із застосуванням фінансового моніторингу під час розслідування злочинів. При цьому низка питань потребує розгляду та більш детального уточнення, особливо вивчаючи питання розслідування економічних злочинів, використання фінансового моніторингу в доказуванні обставин справи та забезпеченні основних завдань кримінального провадження.

Метою статті є дослідження поняття «фінансовий моніторинг», особливості його застосування в процесі розслідування злочинів економічного напрямку.

Виклад основного матеріалу. Фінансовий моніторинг є особливою формою фінансового контролю, його проведення в рамках розслідування кримінального провадження може допомогти встановити істину в справі.

Позиція О.О. Балануца при дослідженні питання фінансового моніторингу полягає в наступному: запорукою успішної боротьби з відмиванням грошей, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванням тероризму, яка є невід'ємною умовою забезпечення цілісності фінансової системи України, є забезпечення тісної взаємодії Держфінмоніторингу з правоохоронними органами та органами, що здійснюють контроль за додержанням законодавства і співробітництва з правоохоронними органами іноземних держав у питаннях запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та боротьби з фінансуванням тероризму¹. Основне завдання фінансового моніторингу полягає у запобіганні легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та боротьби з фінансуванням тероризму.

На думку Е.С. Дмитренко, фінансовий моніторинг – нова специфічна форма контролю, що охоплює систему організаційно-правових, інформаційних, кадрових та інших заходів уповноважених суб'єктів у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму. Науковиця вважає, що у цій сфері є низка нормативних та організаційних чинників, які суттєво знижують ефективність використання цього інституту. Однак недосконале правове регулювання та неефективний механізм здійснення фінансового моніторингу не повною мірою сприяє мінімізації латентності легалізації злочинних доходів². Питання використання фінансового моніторингу потребує належного нормативно-правового регулювання.

А.А. Хмелюк у своїй науковій статті «Фінансовий моніторинг: суб'єкти та об'єкти в Україні» зазначив, що існує потреба у теоретичному осмисленні процесу формування у нашій країні системи державного фінансового контролю в цілому і теоретичних підходів щодо фінансового моніторингу зокрема, спрямованих на узагальнення сутності такої системи, на обґрунтування взаємозв'язків між усіма її складовими (з урахуванням досягнень світової економічної думки) – для практичного застосування у сфері контрольної діяльності³.

Дослідження, проведене М.В. Дубиною, викладено в науковій статті «Дослідження змісту дефініції «фінансовий моніторинг»» та визначає фінансовий моніторинг як складову розвитку ринку фінансових послуг і загалом фінансової системи будь-якої країни, у межах якої спостерігається динамічний розвиток фінансових операцій. Явище виникло як протидія процесам відмивання коштів, що отримані у результаті здійснення протиправної діяльності, до якої прийнято відносити операції у сфері наркоторгівлі, работоргівлі, міжнародного тероризму тощо⁴. Дослідження М.В. Дубини і по теперішній час є актуальним у зв'язку з прийняттям Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та розповсюдженню зброї масового знищення» (далі – Закон).

Закон, прийнятий 6 грудня 2019 р., вступив в дію з 28 квітня 2020 р. та спрямований на захист прав і законних інтересів громадян, суспільства й держави, забезпечення національної безпеки шляхом визначення правового механізму запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення. Зазначений Закон розглядає наступні: систему фінансового моніторингу; фінансові операції, які підлягають фінансовому моніторингу; замороження активів та зупинення фінансових операцій; міжнародне співробітництво та інші питання, які є важливими під час розгляду обставин проведення фінансового моніторингу.

Відповідно до Закону «фінансовий моніторинг» – це сукупність заходів, які вживаються суб'єктами фінансового моніторингу у сфері запобігання та протидії, що включають проведення державного фінансового моніторингу та первинного фінансового моніторингу Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та розповсюдженню зброї масового знищення»⁵.

На Державну службу фінансового моніторингу України покладена функція реалізації державної політики у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення; збирання, оброблення та проведення аналізу (операційного і стратегічного) інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, інші фінансові операції або інформації, що може бути пов'язана з підозрою в легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, або фінансування тероризму чи фінансуванню розповсюдженню зброї масового знищення та інше⁶.

Національний банк України на офіційному сайті повідомляє, що банк здійснює фінансовий моніторинг, щоб запобігти використанню банківської системи України для легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом. Здійснюючи фінансовий моніторинг, банки і небанківські фінансові установи перевіряють клієнтів та аналізують фінансові операції. У разі виявлення підозрілих операцій банки інформують Державну службу фінансового моніторингу та правоохоронні органи України. Доцільно зазначити, що банк має на меті надавати інформацію контролюючим органам щодо підозрілих фінансових операцій⁷.

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання державними органами та органами місцевого самоврядування, державними реєстраторами інформації про фінансові операції та їх учасниками до Державної служби фінансового моніторингу» від 16 вересня 2015 р. № 708 визначає порядок надання інформації органам Держфінмоніторингу: державними органами, що провадять діяльність у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму чи фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, інформації про фінансові операції, стосовно яких є підозра, та їх учасників, виявлені під час виконання своїх функцій; державними органами (крім Національного банку) та органами місцевого самоврядування, державними реєстраторами інформації (копії документів), необхідної для виконання покладених на Держфінмоніторинг завдань⁸.

У свою чергу, державні органи, що провадять діяльність у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму чи фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення мають право отримувати інформацію про фінансову операцію та її учасників. Інформація про фінансову операцію має містити: дату проведення фінансової операції (відмови в її проведенні, її зупинення); суму фінансової операції; зміст фінансової операції; підстави підозри; інші відомості про фінансову операцію (у разі наявності). Інформація щодо учасників фінансової операції повинна містити наявні ідентифікаційні дані.

Міжнародні стандарти у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, імплементуються в національне законодавство. До таких документів слід віднести: стандарти Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму (FATF), а також Директива Європейського Союзу № 2015/849 «Про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму».

Рекомендації FATF представляють собою вичерпну та послідовну систему заходів, які повинні бути імплементовані країнами з метою боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму, а також фінансуванням розповсюдження зброї масового знищення. До основних заходів, які мають вжити державні органи, є: переслідування відмивання коштів, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення; застосування запобіжних заходів для фінансового сектора та інших визначених секторів та інше⁹.

Директива визначає нові вимоги та нововведення, серед яких розкриття інформації у наступних сферах: національні реєстри бенефіціарів компаній країн-членів ЄС повинні бути розкриті до кінця 2019 р.; національні реєстри трастових компаній та «інших довірчих конструкцій» повинні бути розкриті до 2020 р.; підвищені вимоги до проведення фінансового моніторингу за операціями з третіми країнами, в яких ступінь боротьби з відмиванням коштів вважається недостатнім; кредитні й фінансові установи припинять надавати анонімні банківські рахунки, анонімні ощадні книжки і анонімні банківські сейфи; розширення фінансового моніторингу на операції з криптовалютою¹⁰.

Висновки. Проблема легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, в останні роки набула особливого значення, оскільки загрожує економічній безпеці країни. Саме тому держава впроваджує заходи посиленого контролю у вказаному питанні шляхом нормативно правового регулювання фінансового моніторингу. Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та розповсюдженню зброї масового знищення» визначив фінансовий моніторинг як сукупність заходів, які вживаються суб'єктами фінансового моніторингу у сфері запобігання та протидії, що включають проведення державного фінансового моніторингу та первинного фінансового моніторингу. Необхідно зазначити, що в рамках кримінального провадження з метою вирішення спірних питань доцільно проводити фінансовий моніторинг діяльності підозрілих активностей, які зв'язані з відмиванням доходів, отриманих злочинним шляхом. Особливо це стосується економічних злочинів, де фігурують чималі грошові кошти.

¹ Балануца О.О. Роль і місце фінансового моніторингу в Україні як основоположного чинника ефективної боротьби держави з легалізацією (відмиванням коштів) та фінансуванням тероризму. *Збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби*. 2011. № 1. С. 35–42.

² Дмитренко Е.С. Роль фінансового моніторингу у мінімізації латентності злочинів, передбачених статтями 209 та 209-1 Кримінального кодексу України. *Науковий часопис Національної академії прокуратури*. 2014. № 1. С. 43–50. URL: <http://www.chasorusnaru.gr.gov.ua/ua/pdf/1-2014/43-dmytrenko.pdf>

³ Дубина М.В. Дослідження змісту дефініції «фінансовий моніторинг». *Науковий журнал «Проблеми і перспективи економіки та управління»*. URL: <https://ppeu.stu.cn.ua/index.pl?task=arcls&id=102>

⁴ Хмельюк А.А. Фінансовий моніторинг: суб'єкти та об'єкти в Україні. *Науковий вісник Національного університету ДПС України (економіка, право)*. 2014. № 1 (64). С. 174–180.

⁵ Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та розповсюдженню зброї масового знищення: Закон України від 28 квітня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-IX>

⁶ Офіційний інтернет-сайт Державної служби фінансового моніторингу. URL: <http://www.sdfm.gov.ua/>

⁷ Офіційний інтернет-сайт Національного банку України. URL: <https://bank.gov.ua/supervision/monitoring>

⁸ Про затвердження Порядку надання державними органами та органами місцевого самоврядування, державними реєстраторами інформації про фінансові операції та їх учасниками до Державної служби фінансового моніторингу: постанова Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2015 р. № 708. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/708-2015-%D0%BF>

⁹ Міжнародні стандарти з протидії відмиванню доходів та фінансуванню тероризму і розповсюдженню зброї масового знищення (Рекомендації FATF), затверджені Пленарним засіданням FATF 16 лютого 2012 р. URL: http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2012/22.03.2012/1.pdf

¹⁰ П'ята «антивідмивна» директива ЄС. Офіційний сайт LexInform. URL: <https://lexinform.com.ua/v-sviti/p-yata-antyvidmyvna-dyrektyva-yes/>

Резюме

Часова Т.О. Використання фінансового моніторингу під час розслідування злочинів у сфері економіки.

У науковій статті аналізується проведення фінансового моніторингу під час розслідування злочинів економічного напрямку. Досліджується позиція науковців щодо визначення фінансового моніторингу та його ролі у формуванні економічної безпеки держави. Розглядаються основні твердження положення Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та розповсюдженню зброї масового знищення» щодо фінансового моніторингу та стандарти Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму (FATF), а також Директива Європейського Союзу № 2015/849 «Про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму».

Ключові слова: фінансовий моніторинг, економічні злочини, досудове розслідування, легалізація доходів, кримінальне провадження.

Резюме

Часова Т.А. Использование финансового мониторинга при расследовании преступлений в сфере экономики.

В научной статье анализируется проведение финансового мониторинга при расследовании преступлений экономического направления. Исследуется позиция ученых по определению финансового мониторинга и его роли в формировании экономической безопасности государства. Рассматриваются основные утверждения положения Закона Украины «О предотвращении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, финансированию терроризма и распространения оружия массового уничтожения» относительно финансового мониторинга и стандарты Группы по разработке финансовых мер борьбы с отмыванием денег и финансированием терроризма (FATF), а также Директива Европейского Союза № 2015/849 «О предотвращении использования финансовой системы для отмывания денег и финансирования терроризма».

Ключевые слова: финансовый мониторинг, экономические преступления, досудебное расследование, легализация доходов, уголовное производство.

Summary

Tetiana Chasova. Use of financial monitoring in the investigation of crimes in the economic sphere.

The scientific article analyzes the conduct of financial monitoring during the investigation of economic crimes. The position of scientists on the definition of financial monitoring and its role in the formation of economic security of the state is studied. The main statements of the Law of Ukraine “On Prevention and Counteraction to Legalization (Laundering) of Proceeds from Crime, Financing of Terrorism and Proliferation of Weapons of Mass Destruction” on financial monitoring and standards of the Group for Development of Financial Measures to Combat Money Laundering and Terrorist Financing (FAT) and European Union Directive 2015/849 “On the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing”.

Ensuring the economic security of the state is possible provided that the fight against legalization (laundering) of proceeds from crime. Economic crimes undermine the economic and financial system of the state, encroach on the legitimate interests of individuals. Financial monitoring is a form of financial control and its conduct as part of a criminal investigation and is a means of proof.

The problem of legalization (laundering) of proceeds from crime in recent years has become particularly important because it threatens the economic security of the country. That is why the state implements measures of enhanced control in this matter through legal regulation of financial monitoring. The purpose of criminal proceedings is to resolve controversial issues, including the appropriate financial monitoring of suspicious activities related to money laundering.

The financial monitoring system covers all financial service providers and determines that there should be cooperation in resolving issues related to the legalization of proceeds from crime. The issue of the use of financial monitoring in criminal proceedings has been studied by researchers and practitioners, but many issues remain unresolved.

Key words: financial monitoring, economic crimes, pre-trial investigation, money laundering, criminal proceedings.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.75

УДК 343.33

А.Ю. БАБІЙ

*Алла Юрїївна Бабїй, здобувач Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-9304-922X

ПРОБЛЕМИ КЛАСИФІКАЦІЇ ЕКСТРЕМІСТСЬКИХ ЗЛОЧИНІВ

Постановка проблеми. У рамках побудови системи екстремістських злочинів особливу увагу необхідно приділити їх класифікації. Вчені здійснювали спроби класифікувати екстремістські злочини за допомогою різних критеріїв. Класифікація екстремістських діянь сприяє більш глибокому розумінню сутності таких посягань та є основою для побудови системи протидії екстремізму. Як зазначає О.В. Петрянін, класифікація злочинів екстремістської спрямованості (екстремістських злочинів – за нашою термінологією) має безпосереднє значення для законодавчої, правозастосовної та наукової діяльності. Вона давно і успішно використовується правовою наукою, представники якої відзначають не тільки її суто теоретичну, а й при-

© А.Ю. Бабій, 2020

* *Alla Babii, Applicant of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

кладну цінність¹. Класифікувати – означає розподіляти по групам, класам тощо². Головним результатом класифікації, як зазначає С.С. Алексєєв, є отримання можливості виявлення нових рис і якісних особливостей досліджуваних інститутів³.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Серед науковців, які присвятили свої праці визначенню сутності екстремістських діянь, варто назвати В.І. Боярова, В.Н. Кубальського, С.Я. Лихову, А.А. Мозжегову, О.В. Петряніна, С.М. Фридинського та Д.О. Чернявського. Вітчизняними вченими не було проведено ґрунтовних розробок, які б стосувалися класифікації екстремістських посягань.

Метою статті є класифікація екстремістських злочинів за певними критеріями та аналіз обґрунтованості виділення вказаної групи злочинів.

Основні результати дослідження. У системі кримінального законодавства екстремістські злочини не виділені в окрему групу. Як цілком слушно зазначає А.А. Мозжегова, виділення нової для кримінального права групи злочинів екстремістської спрямованості (екстремістських злочинів – за нашою термінологією) видається позитивним кроком у розвитку норм, спрямованих на протидію екстремізму⁴.

Використання в юридичній літературі різних понять для позначення злочинних проявів екстремізму відбувається за відсутності чіткого розуміння сутності екстремізму та його злочинних проявів. У вітчизняній юридичній літературі серед вчених відсутня одностайність щодо назви, якою необхідно позначати екстремістські діяння. Зазначені діяння вчені називають по-різному: злочини екстремістської спрямованості; злочини екстремістського характеру; екстремістські злочини; злочини з ознаками екстремізму; злочини, зв'язані з екстремістською діяльністю, злочини, вчинені з екстремістських мотивів тощо. Використовуючи зазначені поняття, вчені-юристи намагалися охопити всю сукупність можливих злочинних проявів екстремізму. Така ситуація зумовлена передусім недостатньою розробленістю в доктрині базового категоріально-понятійного апарату у сфері протидії екстремізму.

Аналіз юридичної літератури з проблем екстремізму свідчить про те, що переважна більшість вчених використовує поняття «злочини екстремістської спрямованості». Аналізуючи поняття «злочини терористичної спрямованості», В.А. Ліпкан вказує, що спрямованість у широкому розумінні означає, що ці злочини не є по суті тероризмом, навпаки, вони тільки спрямовані на щось (у даному випадку – на тероризм), але ж саме вживання поняття «спрямованість» не показує суті терористичного злочину, воно визначає певний напрям, який як може бути обраним, так і ні⁵. Вважаємо за можливе використати наведену аргументацію при розгляді питання про недоцільність використання в юридичній доктрині поняття «злочини екстремістської спрямованості».

З криминологічної точки зору з метою розв'язання завдань запобігання та протидії злочинності у цій сфері видається обґрунтованим та доцільним об'єднання різноманітних екстремістських діянь в одну криминологічну групу під загальною назвою «екстремістські злочини». Використання поняття «екстремістські злочини» зумовлене передусім необхідністю усунення термінологічної плутанини у цій сфері. У зарубіжних і вітчизняних наукових виданнях можна зустріти поняття «екстремістські злочини», зокрема в працях українських дослідників цієї проблеми – В.І. Боярова, В.Н. Кубальського та С.Я. Лихової, серед російських науковців – Ю.М. Антонян, Д.О. Чернявський та ін.

У законодавстві України не використовується поняття «екстремістські злочини». Виділення такого різновиду злочинів, як екстремістські, є не лише можливим, а й доцільним з точки зору особливої сутності, спільності ознак злочинних діянь, які охоплюються явищем екстремізму. Виділення екстремістського виду злочинів сприятиме визначенню завдань, засобів та організаційно-правових засад протидії екстремізму. З метою вирішення питання про те, які злочини можуть належати до екстремістських, слід визначити злочини, які безпосередньо можуть бути зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності. При визначенні таких злочинів варто врахувати різні види екстремістської діяльності (фінансування екстремістських актів, навчання осіб з метою вчинення екстремістських актів, вербування осіб для вчинення екстремістського акту, участь у діяльності екстремістської організації тощо). Слід також при цьому врахувати, що екстремістська діяльність за своєю суттю є проявом екстремізму і являє собою практику застосування ідеології екстремізму та конкретні форми її реалізації⁶.

Визначення кола екстремістських злочинів залежить передусім від змісту поняття «екстремізм». Варто врахувати, що серед вчених відсутня єдність у розумінні змісту екстремізму. Законодавство України не містить визначення понять «екстремізм». У Великому тлумачному словнику сучасної української мови міститься надто абстрактна дефініція екстремізму (від фр. «extremisme», від лат. «extremus» – крайній) як прихильності до крайніх поглядів та заходів (зазвичай у політиці)⁷.

Як вказує О.В. Петрянін, щодо злочинів екстремістської спрямованості питання про їх класифікацію донині залишається відкритим у доктрині та законодавстві. Існуючі сьогодні класифікації цих діянь неоднозначні та викликають багато суперечок, оскільки носять розрізнений та несистемний характер, а також спрямовані суто на обґрунтування бачення конкретної авторської позиції⁸.

У науці кримінального права існує багато підходів до класифікації екстремістських злочинів, в основу яких покладено різні критерії. Так, до екстремістських згідно з КК України, на думку В.І. Боярова, можна віднести наступні групи злочинів: 1) кримінально карані діяння, які посягають на основи та безпеку політичного устрою (ст. ст. 109, 110, 110², 111, 113 КК України); 2) злочини терористичного характеру (ст. ст. 112, 258, 258¹, 258², 258³, 258⁴, 258⁵, 260, 261, 278, 442, 443, 444 КК України) та 3) злочини (екстремістської спрямованості), які вчиняються з мотивів ненависті або ворожнечі стосовно осіб, які належать до певної етнічної, расової, релігійної, політичної та іншої соціальної групи (п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129, ст. 161 та ст. 300 КК України)⁹. При цьому перелік злочинів, наведений для кожної запропонованої групи, не є вичерпним (зокрема, це можуть бути масові заворушення (ст. 294 КК), зв'язані, наприклад, з насильницьким виселенням мігрантів (представників «некорінного насе-

лення»), членів інших соціальних груп; вчинення стосовно них інших насильницьких дій; вчинення насильницьких дій на ґрунті проповідування деструктивних ідеологій чи виконання релігійних обрядів (ст. 181 КК); завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення або пошкодження об'єктів власності, коли таке повідомлення стосується лише конкретної групи осіб, які об'єднані спільною національною, релігійною, політичною ознакою або належністю до якоїсь однієї соціальної групи тощо (ст. 259 КК), вандалізм та ін.)¹⁰.

Наведена класифікація викликає певні зауваження та не є повною. Зокрема, посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112 КК України), створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (ст. 260), масові заворушення (ст. 294), захоплення державних або громадських будівель чи споруд (ст. 341) являють собою екстремістські акти. Викликає заперечення назва першої групи екстремістських злочинів – «кримінально карані діяння, які посягають на основи та безпеку політичного устрою». У кримінально-правовій доктрині та законі про кримінальну відповідальність наведений перелік злочинів, передбачених ст. ст. 109, 110, 110², 111, 113 КК України, охоплюється поняттям «злочини проти основ національної безпеки України».

С.М. Фридинський виділяє згідно з КК Росії дві групи злочинів – злочини, зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності та злочини екстремістської спрямованості¹¹. Він розробив систему злочинів, зв'язаних зі здійсненням екстремістської діяльності, до яких належать:

1) «чисті» екстремістські злочини, тобто діяння, вчиняючи які, винні, керуючись екстремістськими мотивами, здійснюють дії, спрямовані на насильницьке поширення таких поглядів і викорінення поглядів, відмінних від тих, що відстоюються ними, або організацію таких дій в майбутньому (публічні заклики до здійснення екстремістської діяльності (ст. 280 КК Росії), розпалювання ненависті чи ворожнечі або приниження людської гідності (ст. 282), організація екстремістського співтовариства (ст. 282¹) та організація діяльності екстремістської організації (ст. 282²);

2) будь-які інші злочини з передбачених КК за умови, що вони вчиняються з екстремістських мотивів;

3) терористична діяльність як крайня форма прояву екстремізму»¹². Як свідчить наведена класифікація, при формуванні цього переліку враховано належність тероризму до однієї з форм екстремізму.

Усталеним у юридичній доктрині є підхід, згідно з яким екстремізм залежно від цільової спрямованості диференціюють на політичний, релігійний та національний. На думку С.М. Фридинського, до цих форм слід додати екстремізм економічний та екологічний¹³. Виходячи з наведених форм, екстремістські прояви варто поділяти на політичні, національні, релігійні, економічні та екологічні.

За результатами проведеного дослідження О.В. Петрянін запропонував авторську концепцію, яка передбачає наступні критерії злочинів екстремістської спрямованості: мотив (політична, ідеологічна, расова, національна або релігійна ненависть або ворожнеча чи ненависть або ворожнеча щодо будь-якої соціальної групи); об'єкт (суспільні відносини у сфері забезпечення громадської безпеки, нормального функціонування конституційного ладу, збереження миру і безпеки людства)¹⁴. *Враховуючи викладене, в основу класифікації екстремістських діянь має бути покладено видовий об'єкт злочинного посягання, а також мотивація протиправної поведінки. Таким чином, запропонована ним класифікація виглядає наступним чином:* 1) діяння, що завдають шкоду суспільним відносинам, спрямованим на забезпечення громадської безпеки держави; 2) діяння, що посягають на суспільні відносини, які створюють умови для нормального функціонування конституційного ладу держави; 3) діяння, що заподіюють шкоду суспільним відносинам, які встановлюють легітимні умови збереження миру і безпеки людства¹⁵.

А.А. Мозжегова пропонує виділяти дві групи злочинів згідно з КК Росії, які являють собою суспільно небезпечні прояви екстремізму: 1) власне екстремістські злочини, основним об'єктом яких є основи конституційного ладу та безпека держави (державні злочини) і 2) злочини екстремістської спрямованості, що посягають на інші основні об'єкти, але вчиняються з екстремістського мотиву. При цьому для злочинів другої групи екстремістський мотив може виступати конструктивною чи кваліфікуючою ознакою, або обтяжуючою обставиною, яка враховується судом при призначенні покарання¹⁶.

Д.О. Чернявський виділяє екстремістські злочини та злочини екстремістської спрямованості. Серед «екстремістських злочинів» згідно з КК Росії вчений виділяє: 1) злочини проти внутрішньої безпеки держави та основ конституційного ладу: озброєний заколот (ст. 278), публічні заклики до здійснення екстремістської діяльності (ст. 280), організація екстремістського співтовариства (ст. 282¹), організація діяльності екстремістської організації (ст. 282²), фінансування екстремістської діяльності (ст. 282³); 2) злочини, зв'язані зі здійсненням терористичної діяльності; 3) злочини проти людства (геноцид (ст. 357)). В рамках категорії «злочини екстремістської спрямованості» Д.О. Чернявський виділяє такі групи злочинів, вчинених з екстремістських мотивів: 1) злочини проти особи; 2) злочини проти громадського порядку; 3) інші злочини, вчинені з екстремістських мотивів¹⁷.

Виходячи із запропонованого вченими поділу екстремізму за об'єктом впливу на антидержавний та антилюдський¹⁸, екстремістські злочини варто поділяти відповідно на антидержавні та антилюдські. Вітчизняні вчені – В.Н. Кубальський¹⁹, С.Є. Кучерина та Д.О. Олейніков²⁰ розробили авторські варіанти систем злочинів антидержавного екстремізму.

Як зазначає В.Н. Кубальський, при формуванні системи заходів протидії антидержавному екстремізму слід виходити з того, що тероризм та сепаратизм також належать до його форм²¹. На доктринальному рівні певною мірою розроблені відповідні категорії – терористичні злочини та «сепаратистські» злочини, які охоплюються поняттям «екстремістські злочини».

Заслуговує на увагу класифікація С.М. Фридинським згідно з КК Росії злочинів, зв'язаних зі здійсненням екстремістської діяльності, за основним безпосереднім об'єктом посягання:

1) злочини, зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності, основним безпосереднім об'єктом яких є конституційні права і свободи людини і громадянина;

2) злочини, зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності, основним безпосереднім об'єктом яких є громадська безпека;

3) злочини, зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності, основним безпосереднім об'єктом яких є громадський порядок;

4) злочини, зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності, основним безпосереднім об'єктом яких є суспільна мораль;

5) злочини, зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності, основним безпосереднім об'єктом яких є основи конституційного ладу та безпека держави²².

Висновки. Враховуючи наведене, екстремістські злочини за родовим об'єктом посягання доцільно класифікувати наступним чином:

1) екстремістські злочини, родовим об'єктом яких є основи національної безпеки України: дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади (ст. 109 КК України), посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110), посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112), диверсія (ст. 113), перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань (ст. 114¹);

2) екстремістські злочини, родовим об'єктом яких є життя та здоров'я особи: умисне вбивство (п. 14 ч. 2 ст. 115), умисне тяжке тілесне ушкодження (ч. 2 ст. 121), умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (ч. 2 ст. 122), побой і мордування (ч. 2 ст. 126), катування (ч. 2 ст. 127), погроза вбивством (ч. 2 ст. 129), якщо вказані діяння вчинені з екстремістських мотивів, тобто з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості;

3) екстремістські злочини, родовим об'єктом яких є виборчі, трудові та інші особисті права і свободи людини і громадянина: порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками (ст. 161);

4) екстремістські злочини, родовим об'єктом яких є громадська безпека: терористичний акт (ст. 258), створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (ст. 260); погроза вчинити викрадання або використати радіоактивні матеріали (ст. 266);

5) екстремістські злочини, родовим об'єктом яких є безпека руху та експлуатація транспорту: угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна (ст. 278);

6) екстремістські злочини, родовим об'єктом яких є громадський порядок та моральність: масові заворушення (ст. 294), заклики до вчинення дій, що загрожують громадському порядку (ст. 295), ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію (ст. 300);

7) екстремістські злочини, родовим об'єктом яких є авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів: захоплення державних або громадських будівель чи споруд (ст. 341), захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника (ст. 349);

8) екстремістські злочини, родовим об'єктом яких є мир, безпека людства та міжнародний правопорядок: пропаганда війни (ст. 436), виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів (ст. 436¹), планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни (ст. 437), посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443), застосування зброї масового знищення (ст. 439), геноцид (ст. 442).

Слід зазначити, що наведений у класифікації перелік власне екстремістських злочинів не є вичерпним. Систему екстремістських злочинів становлять не лише власне екстремістські акти, а й злочини, які забезпечують здійснення екстремістської діяльності та безпосередньо зв'язані з нею. Таким чином, з метою забезпечення системної протидії екстремізму до екстремістських злочинів у широкому розумінні варто віднести не лише власне екстремістські діяння – злочини, передбачені КК України, якщо вони вчинені з екстремістських мотивів (цілей), а й злочини, що забезпечують здійснення екстремістської діяльності та безпосередньо зв'язані з нею. Варто при цьому врахувати, що терористичні злочини та «сепаратистські» злочини охоплюються поняттям «екстремістські злочини».

Злочини, зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності (екстремістські злочини у широкому розумінні), пропонується поділяти на: 1) власне екстремістські акти, тобто екстремістські злочини у вузькому розумінні: дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади (ст. 109 КК України), посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110), посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112), порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками (ст. 161), терористичний акт (ст. 258), угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна (ст. 278), масові заворушення (ст. 294), посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443), геноцид (ст. 442) та ін.; 2) супутні екстремізму злочини, які безпосередньо зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності, але не є власне екстремістськими актами: фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України (ст. 110²), створення терористичної групи чи терористичної організації (ст. 258³), сприяння вчиненню терористичного акту (ст. 258⁴), фінансування тероризму (ст. 258⁵); незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами (ст. 263) та ін.).

- ¹ Петрянин А.В. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2014. С. 219.
- ² Бусел В.Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови. Київ, Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.
- ³ Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация. *Советское государство и право*. 1987. № 6. С. 16.
- ⁴ Можжегова А.А. Экстремистские преступления и преступления экстремистской направленности по уголовному праву Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 31.
- ⁵ Борьба з тероризмом / за заг. ред. В.А. Ліпкана, Д.Й. Никифорчука, М.М. Руденка. Київ: Знання України, 2002. С. 43.
- ⁶ Можжегова А.А. Экстремистские преступления и преступления экстремистской направленности по уголовному праву Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 22, 26, 149.
- ⁷ Бусел В.Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови. Київ, Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.
- ⁸ Петрянин А.В. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2014. С. 219–220.
- ⁹ Бояров В.І. Криміналістична класифікація кримінально-караних проявів екстремізму. *Вісник Академії адвокатури України*. 2015. Т. 12. № 2. С. 212.
- ¹⁰ Там само. С. 212–213.
- ¹¹ Фридинский С.Н. Борьба с экстремизмом: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Ростов-н/Д, 2003. С. 57.
- ¹² Фридинский С.Н. Противодействие экстремистской деятельности (экстремизму) в России (социально-правовое и криминологическое исследование): автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2011. С. 10.
- ¹³ Там само. С. 17.
- ¹⁴ Петрянин А.В. Вказана праця. С. 312.
- ¹⁵ Там само. С. 231.
- ¹⁶ Можжегова А.А. Вказана праця. С. 33–34.
- ¹⁷ Чернявский Д.О. Уголовно-правовая характеристика публичных призывов к нарушению территориальной целостности Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 Москва, 2018. С. 176–177.
- ¹⁸ Павлинов А.В. Стратегия борьбы с насильственным антигосударственным экстремизмом и преступностью в условиях современной России. Москва: Юрлитинформ, 2010. С. 12.
- ¹⁹ Кубальський В.Н. Система злочинів антидержавного екстремізму за законодавством України. Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації: матеріали міжнар. наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 15 трав. 2020 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), Л.М. Демидова (заст. голов. ред.), А.П. Гетьман та ін. Харків: Право, 2020. С. 201–207.
- ²⁰ Кучерина С.Є., Олейников Д.О. Протидія антидержавному екстремізму як інструменту обмеження державного суверенітету в сучасних умовах. *Інформація і право*. 2018. № 2. С. 130.
- ²¹ Кубальський В.Н. Вказана праця. С. 202.
- ²² Фридинский С.Н. Борьба с экстремизмом: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Ростов-н/Д, 2003. С. 58–60.

Резюме

Бабій А.Ю. Проблеми класифікації екстремістських злочинів.

У статті проаналізовано підстави для виділення криминологічної групи «екстремістські злочини». Запропоновано у подальшому використовувати поняття «екстремістські злочини» з метою усунення термінологічної плутанини у цій сфері. Запропонована класифікація екстремістських злочинів за критерієм за родового об'єкта посягання. Запропоновано широкий та вузький підходи до розуміння категорії «екстремістські злочини». Злочини, зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності (екстремістські злочини у широкому розумінні), пропонується поділяти на власне екстремістські акти, тобто екстремістські злочини у вузькому розумінні та супутні екстремізму злочини, які безпосередньо зв'язані зі здійсненням екстремістської діяльності, але не є екстремістськими актами.

Ключові слова: екстремізм, екстремістські злочини, злочини, зв'язані з екстремістською діяльністю, класифікація.

Резюме

Бабій А.Ю. Проблеми класифікації екстремістських злочинів.

В статье проанализированы основания для выделения криминологической группы «экстремистские преступления». Предложено в дальнейшем использовать понятие «экстремистские преступления» с целью устранения терминологической путаницы в этой сфере. Предложена классификация экстремистских преступлений по критерию родового объекта посягательства. Предложены широкий и узкий подходы к пониманию категории «экстремистские преступления». Преступления, связанные с осуществлением экстремистской деятельности (экстремистские преступления в широком смысле), предлагается классифицировать на собственно экстремистские акты, то есть экстремистские преступления в узком смысле и сопутствующие экстремизму преступления, непосредственно связанные с осуществлением экстремистской деятельности, но не являющиеся экстремистскими актами.

Ключевые слова: экстремизм, экстремистские преступления, экстремистская деятельность, классификация.

Summary

Alla Babii. Problems of classification of extremist crimes.

The article presents the results of a study of the problems of classification of extremist acts based on the Criminal Code of Ukraine. The classification of extremist acts contributes to a deeper understanding of the essence of such attacks and is the basis for building a system to counter extremism in Ukraine. The author analyzes the grounds for distinguishing a criminological group under the general name «extremist crimes». The lack of unanimity among scholars regarding the name by which extremist acts should be designated in domestic legal literature has been ascertained. It is proposed to further use the concept of «extremist crimes» in order to eliminate terminological confusion in the field of countering extremism. Based on the results of the study, it was proposed that extremist crimes be classified according to the criterion of a tribal object of assault.

The findings of the study contain a list of extremist crimes that is not exhaustive. A broad and narrow approach to understanding the category of «extremist crimes» has been proposed. Crimes related to extremist activities (extremist crimes in the broad sense) are

proposed to be classified into extremist acts themselves, that is, extremist crimes in the narrow sense and crimes related to extremism, directly related to extremist activities, but not extremist acts.

It is concluded that the system of extremist crimes is composed not only of extremist acts themselves, but also crimes that ensure the implementation of extremist activities and are directly related to it. In order to ensure a systemic counteraction to extremism, extremist crimes in the broad sense include not only extremist acts themselves – crimes provided for by the Criminal Code of Ukraine committed from extremist motives (purposes), but also crimes that ensure the implementation of extremist activity and are directly related to it. It is worth taking into account that terrorist crimes and «separatist» crimes are covered by the concept of «extremist crimes». Extremist crimes should be divided into political, national, religious, economic and environmental.

Key words: extremism, extremist crimes, extremist activity, classification.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.76

УДК 343.3/7

О.В. ВАЩУК

*Олена Володимирівна Ващук, аспірантка Київського університету права НАН України**
ORCID: 0000-0001-8194-6671

ПОНЯТТЯ ТА СИСТЕМА ЗЛОЧИНІВ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ АУДИТОРОМ ЯК СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ ЗЛОЧИНУ

Постановка проблеми. Криміналізація суспільно небезпечних діянь, які об'єктивно існують у суспільстві, безумовно, відіграє фундаментальну роль серед засобів впливу на злочинність. Питання реалізації державної політики щодо протидії злочинності, зокрема у сфері господарської діяльності, в умовах побудови в Україні громадянського суспільства і правової держави, стають особливо актуальними та отримують підвищену увагу як з боку громадян нашої держави, так і з боку численних міжнародних антикорупційних організацій. Саме тому в сучасних умовах актуальним стає питання кримінальної відповідальності аудитора як спеціального суб'єкта злочину.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правове регулювання аудиторської діяльності досліджували у своїх роботах такі науковці, як: М.Т. Білуха, Ф.Ф. Бутинець, В.М. Дереконь, Н.І. Дорош, Д.М. Жерліцин, Л.Л. Кінашук, Т.В. Куреза, О.А. Петрик, В.Є. Труш, В.Я. Савченко, Л.А. Савченко, Б.Ф. Усач та інші.

Метою статті є визначення поняття професійних аудиторських злочинів та виділення їх серед злочинів, які передбачені у законодавстві України про кримінальну відповідальність, з урахуванням специфіки суб'єкта їх вчинення.

Виклад основного матеріалу. Господарський кодекс України (далі – ГК) визначає аудит фінансової звітності як аудиторську послугу з перевірки даних бухгалтерського обліку і показників фінансової звітності та консолідованої фінансової звітності юридичної особи або представництва іноземного суб'єкта господарювання, або іншого суб'єкта, який подає фінансову звітність, з метою висловлення незалежної думки аудитора про її відповідність в усіх суттєвих аспектах вимогам національних положень (стандартів) бухгалтерського обліку, міжнародних стандартів фінансової звітності або іншим вимогам (ст. 363)¹.

Державний фінансовий аудит є різновидом державного фінансового контролю і полягає у здійсненні перевірки та аналізу фактичного стану справ щодо законного та ефективного використання державних чи комунальних коштів і майна, інших активів держави, правильності ведення бухгалтерського обліку та достовірності фінансової звітності, функціонування системи внутрішнього контролю (ст. 363 ГК)².

Таким чином, державний аудит є різновидом державного фінансового контролю, який захищає інтереси держави та здійснює контроль за використанням державних чи комунальних коштів і майна, інших активів держави, а недержавний аудит являє собою аудиторську послугу з перевірки даних бухгалтерського обліку і показників фінансової звітності, яка призначена для захисту інтересів суб'єктів господарської діяльності.

До основних особливостей недержавного аудиту слід віднести:

1) аудиторський звіт щодо фінансової звітності, який використовується переважно клієнтами, зменшує їх ризики прийняття неправильних рішень при його використанні. Тобто приймаючи рішення на основі фінансової звітності, особа може бути впевнена в її достовірності. Така інформація необхідна і власнику суб'єкта господарювання, оскільки дає оцінку фінансового стану його діяльності та діям працівників;

2) аудит не лише виявляє порушення в діяльності, а й надає допомогу щодо їх усунення. Нерідко аудит проводять перед плановою перевіркою органів державного фінансового контролю з метою уникнення фактів виявлення правопорушень та накладення штрафів;

3) аудитор працює на договірних засадах з клієнтом, а тому має відповідні зобов'язання перед ним, і у випадку їх невиконання або неналежного виконання несе насамперед цивільно-правову відповідальність. Ці відносини виникають на договірних засадах з можливістю вибору замовником аудитора чи аудиторської

© О.В. Ващук, 2020

* *Olena Vashchuk, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

фірми. У договорі важливо чітко прописати відповідальність аудитора за виконання ним роботи, що спростить стягнення шкоди, заподіяної недобросовісним та неякісним проведенням аудиторської послуги;

4) при аудиті необхідно самостійно оплачувати послуги аудиторів, що включаються у валові витрати та собівартість продукції, а в кінцевому результаті оплачуються покупцем товарів і послуг;

5) аудитор складає звіт, у якому надає рекомендації щодо усунення виявлених недоліків та порушень. Він відповідає за достовірність аудиторського звіту, який є офіційним документом і може за необхідності бути поданий у відповідні органи або наданий для ознайомлення інвесторам, контрагентам, іншим користувачам.

Закон України «Про Рахункову палату» зазначає, що Рахункова палата від імені Верховної Ради України здійснює контроль за надходженням коштів до Державного бюджету України та їх використанням (ст. 1)³.

Держаудитслужбу було утворено у 2015 р. відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 868 «Про утворення Державної аудиторської служби України»⁴.

Згідно з Положенням про Державну аудиторську службу України, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 р. № 43, Держаудитслужба є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів та який реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю⁵.

Таким чином, Рахункова палата та Держаудитслужба є суб'єктами державного фінансового аудиту, які здійснюють контроль за використанням державних чи комунальних коштів і майна, інших активів держави, а незалежні аудитори та аудиторські фірми – суб'єктами аудиту фінансової звітності, які захищають інтереси суб'єктів фінансово-господарської діяльності та інтереси держави.

Аудиторські правовідносини характеризуються наявністю складної та багаторівневої суб'єктної системи, яку слід розглянути більш детально.

Насамперед це відносини між державою та аудиторською системою. Особливістю даних правовідносин є те, що держава виступає в ролі суб'єкта, наділеного владними повноваженнями щодо створення та правової регламентації інституту аудиту, у тому числі щодо сприяння реалізації основних принципів аудиту – незалежності, об'єктивності, професійності.

У якості другої сторони цих відносин виступає аудиторська система в цілому, як самостійне формування, що має свою внутрішню структурну організацію. Основним інструментом регулювання відносин даного рівня є імперативна норма права.

Закон України «Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність» № 2258-VIII (далі – Закон про аудит) зазначає, що Аудиторська палата України (далі – АПУ) є юридичною особою, яка здійснює професійне самоврядування аудиторської діяльності та не має на меті отримання прибутку й утворюється з метою забезпечення реалізації завдань аудиторського самоврядування (ст. 47). АПУ також здійснює реєстрацію аудиторів та суб'єктів аудиторської діяльності та контроль якості аудиторських послуг суб'єктів аудиторської діяльності й дисциплінарні провадження щодо суб'єктів аудиторської діяльності⁶.

Таким чином, відносини між АПУ та аудиторами характеризуються наявністю «вертикальних» відносин підпорядкування, відповідальності та підзвітності аудиторів вищестоящому органу. При цьому аудитори мають статус процесуально незалежної особи під час безпосередньої професійної діяльності.

Відносини аудиторів між собою – це відносини, що зумовлюються рівністю учасників. Це важливий вид аудиторських правовідносин, що перебувають в особливій площині правового регулювання, та торкаються проблем взаємодії органів державної влади із громадськістю.

Ці відносини базуються на основах Закону України «Про громадські об'єднання» та Закону про аудит. Так, аудитори в Україні мають право об'єднатися в громадське об'єднання за професійними ознаками. Одним з таких об'єднань є Спілка аудиторів України (далі – Спілка) – добровільне об'єднання сертифікованих аудиторів України, помічників аудитора на основі єдності інтересів для захисту своїх законних професійних прав та інтересів.

Спілка створена та діє відповідно до Конституції України, Закону України «Про громадські об'єднання», Закону про аудит, інших законодавчих актів України та Статуту Спілки⁷.

Особливе місце посідають відносини між аудитором та клієнтом. Такі правовідносини відображають специфіку договірних відносин між виконавцем та замовником аудиторських послуг, у яких пріоритетне значення набуває імперативний характер аудиту як виду фінансового контролю.

Крім того, договірний характер аудиторських відносин відіграє важливу юридичну роль, оскільки вводить аудит у сферу додаткового правового захисту нормами цивільного та господарського права. Тобто зазначені норми права повинні забезпечити дотримання вимог щодо форми договору, належне виконання сторонами своїх зобов'язань та відповідальність за їх порушення.

Важливе місце посідають і міжнародні відносини в галузі аудиту, які здійснюються відповідно до національного законодавства та міжнародних договорів.

Закон про аудит визначає, що аудиторська діяльність регулюється цим Законом, іншими нормативно-правовими актами та міжнародними стандартами аудиту (ст. 3)⁸.

Суб'єктами міжнародних відносин є Рахункова палата, Держаудитслужба та самоврядні організації, до яких належать АПУ та Спілка.

Таким чином, аудиторські правовідносини мають складну суб'єктну систему, якій притаманні свої засоби правового регулювання. Суб'єктний склад аудиторських правовідносин не є вичерпним, оскільки користувачами інформації, отриманої внаслідок аудиту, є невизначене коло учасників ринкових відносин, у тому числі фізичні особи, держава, іноземні та міжнародні суб'єкти.

Предметом нашого дослідження, як вже зазначалося вище, є кримінально-правові норми, які встановлюють відповідальність аудитора як спеціального суб'єкта злочину. Варто зазначити, що дослідження ауди-

тора як спеціального суб'єкта злочину комплексно не здійснювалося. Хоча в окремих роботах, які переважно присвячуються дослідженню злочинів у сфері господарської діяльності та службової діяльності, можна знайти згадування про аудитора як спеціального суб'єкта злочину, проте цього виявляється недостатньо. Тому визначимо поняття цієї групи злочинів та встановимо, які з посягань належать до неї.

У законодавстві України про кримінальну відповідальність відсутні склади злочинів, в яких аудитор був би єдиним суб'єктом. Це свідчить про те, що на даний час законодавцем не виявлено можливості вчинення ним злочинних посягань тільки на порядок здійснення аудиторської діяльності.

Кримінальний кодекс України (далі – КК) злочинном визначає передбачене Кодексом суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину (ст. 11)⁹.

Для професійних аудиторських злочинів характерні наступні ознаки:

- 1) вчинення злочинів спеціальним суб'єктом – аудитором;
- 2) спрямованість злочинів на порядок суспільних відносин щодо кваліфікованого надання аудиторських послуг, що охороняються КК, у результаті чого аудитор порушує порядок виконання своїх професійних обов'язків.

Таким чином, професійні аудиторські злочини – це суспільно небезпечні винні діяння (дія або бездіяльність), які вчиняються аудитором, та спрямовані на порядок суспільних відносин щодо кваліфікованого надання аудиторських послуг, що охороняються КК, і полягають у порушенні професійних обов'язків.

З'ясувавши поняття професійних аудиторських злочинів, визначимо, які злочини можуть бути включені в цю групу.

Аналіз диспозицій статей КК наочно продемонстрував, що до них належать насамперед ті, в яких аудитор визначений як спеціальний суб'єкт злочину: незаконне використання інсайдерської інформації (ст. 232¹), підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів (ст. 358), зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365²), та підкуп особи, яка надає публічні послуги (ч. 3, 4 ст. 368⁴)¹⁰.

До професійних аудиторських злочинів також належать і ті, у диспозиціях статей яких відсутня вказівка на відповідного спеціального суб'єкта, однак з інших нормативно-правових актів це впливає однозначно. До таких належить умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму (ст. 209¹ КК)¹¹.

Так, відповідно до п. 7 ч. 2 ст. 5 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» № 1702-VII, спеціально визначеним суб'єктом первинного фінансового моніторингу є аудитор. Закон також зобов'язує аудитора повідомляти спеціально уповноважений орган про фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу та внутрішньому фінансовому моніторингу, а також інформацію про свої підозри щодо діяльності осіб або їх активи, якщо є підстави вважати, що вони пов'язані із злочином, визначеним КК. А також стосовно яких є підстави підозрювати, що вони пов'язані, стосуються або призначені для фінансування тероризму чи фінансування розповсюдження зброї масового знищення (п. 6 ч. 2 ст. 6)¹².

З'ясувавши коло злочинів, які належать до професійних аудиторських, спробуємо їх класифікувати. У теорії кримінального права застосовуються різні критерії класифікації злочинів – за елементами складу злочину, за характером та ступенем суспільної небезпеки тощо. Проблема класифікації злочинів була предметом дослідження таких вчених-криміналістів, як: Л.М. Кривоченко, О.Н. Ратьков, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк та інших.

Питання класифікації професійних аудиторських злочинів серед науковців не досліджувалося, тому спробуємо запропонувати власний поділ на види цієї групи злочинів.

КК поділяє злочини залежно від ступеня тяжкості на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі (ст. 12)¹³.

При цьому віднесення окремого злочину до певної категорії відбувається залежно від максимального розміру основного покарання санкції статті Особливої частини КК. Тобто законодавець, формулюючи санкції за вчинення окремих злочинів, одночасно здійснює оцінку їх тяжкості, визначаючи в такій спосіб категорію злочину. Виходячи з цього, є всі підстави класифікувати професійні аудиторські злочини за цим критерієм.

Так, у ст. 209¹ КК санкція ч. 1 визначає цей злочин як злочин невеликої тяжкості, а ч. 2 зазначеної статті – як злочин середньої тяжкості. У ст. 232¹ КК санкція ч. 1 визначає цей злочин як злочин невеликої тяжкості, а ч. 2, 3, 4 зазначеної статті – як злочин середньої тяжкості. У ст. 358 КК санкція ч. 1, 2, 4 визначає цей злочин як злочин невеликої тяжкості, а ч. 3 зазначеної статті – як злочин середньої тяжкості. У ст. 365² санкція ч. 1 визначає цей злочин як злочин невеликої тяжкості, а ч. 2, 3 зазначеної статті – як злочин середньої тяжкості. У ст. 368⁴ КК санкція ч. 3, 4 визначає цей злочин як злочин середньої тяжкості¹⁴.

Таким чином, професійні аудиторські злочини є злочинами невеликої та середньої тяжкості.

За об'єктом кримінально-правової охорони злочини можуть бути поділені на такі види:

- злочини у сфері господарської діяльності, що вчиняються аудитором (ст. ст. 209¹, 232¹ КК);
- злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів, що вчиняються аудитором (ст. 358 КК);
- злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, що вчиняються аудитором (ст. 365², ч. 3, 4 ст. 368⁴ КК).

За суспільно небезпечним діянням:

- злочини, що вчиняються шляхом дії (ст. ст. 232¹, 358, 365² та ч. 3, 4 368⁴ КК);
- злочини, що вчиняються шляхом бездіяльності (ст. 209¹ КК).

За наявності суспільно небезпечних наслідків:

– злочини, які мають формальний склад (ст. 209¹, ч. 3, 4 ст. 368⁴ КК);

– злочини, які мають матеріальний склад (ст. ст. 232¹, 358, 365² КК).

Залежно від ступеня вираженості у кримінально-правовій нормі ознак аудитора:

– злочини, в диспозиціях статей яких передбачено, що їх може вчинити аудитор (ст. ст. 232¹, 358, 365² та ч. 3, 4 ст. 368⁴ КК);

– злочини, в диспозиціях статей яких немає вказівки на те, що вони можуть бути вчинені аудитором, однак тлумачення інших норм однозначно приводить до висновку про те, що злочин може бути вчинений аудитором (ст. 209¹ КК).

Враховуючи наведену класифікацію професійних аудиторських злочинів, можна запропонувати певний алгоритм, який може бути врахований в ході їх кваліфікації:

– по-перше, необхідно встановити, якому об'єкту кримінально-правової охорони заподіяна шкода в результаті вчинення злочину;

– по-друге, визначити, чи є особа аудитором, а також встановити обсяг його повноважень;

– по-третє, виявити, в чому виражається суспільно небезпечне діяння та які наслідки воно спричинило.

Висновки. Професійні аудиторські злочини – це суспільно небезпечні винні діяння (дія або бездіяльність), які вчиняються аудитором та спрямовані на порядок суспільних відносин щодо кваліфікованого надання аудиторських послуг, що охороняються КК, і полягають у порушенні професійних обов'язків. Серед злочинів, які передбачені у КК, доцільно виділити професійні аудиторські злочини з урахуванням специфіки суб'єкта їх вчинення. При цьому варто класифікувати ці професійні аудиторські злочини за відповідними критеріями, що можуть слугувати певним алгоритмом для кваліфікації у випадку їх вчинення.

¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 15.05.2020).

² Там само.

³ Про Рахункову палату: Закон України від 02.07.2015 р. № 576-VIII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/576-19> (дата звернення: 15.05.2020).

⁴ Про утворення Державної аудиторської служби України: постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2015 р. № 868. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/868-2015-п> (дата звернення: 15.05.2020).

⁵ Про затвердження положення про Державну аудиторську службу України: постанова Кабінету Міністрів України від 03.02.2016 р. № 43. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/43-2016-п> (дата звернення: 15.05.2020).

⁶ Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність: Закон України від 21.12.2017 р. № 2258-VIII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2258-19> (дата звернення: 15.05.2020).

⁷ Статут Всеукраїнської професійної громадської організації «Спілка аудиторів України». URL: http://spilka-audit.org.ua/images/statut_2016.pdf (дата звернення: 15.05.2020).

⁸ Див.: Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність: Закон України від 21.12.2017 р. № 2258-VIII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2258-19> (дата звернення: 15.05.2020).

⁹ 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> (дата звернення: 15.05.2020).

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само.

¹² Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 14.10.2014 р. № 1702-VII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-18/ed20141014> (дата звернення: 15.05.2020).

¹³ Див.: 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> (дата звернення: 15.05.2020).

¹⁴ Там само.

Резюме

Ващук О.В. Поняття та система злочинів, що вчиняються аудитором як спеціальним суб'єктом.

У статті проведено розмежування державного та недержавного аудиту, а також визначено особливості останнього. Аудиторські правовідносини мають складну суб'єктну систему, для якої притаманні свої засоби правового регулювання. Суб'єктний склад аудиторських правовідносин не є вичерпним, оскільки користувачами інформації, отриманої внаслідок аудиту є невизначене коло учасників ринкових відносин, у тому числі фізичні особи, держава, іноземні та міжнародні суб'єкти. Зроблено висновки, що професійні аудиторські злочини – це суспільно небезпечні винні діяння (дія або бездіяльність), які вчиняються аудитором, та спрямовані на порядок суспільних відносин щодо кваліфікованого надання аудиторських послуг, що охороняються КК, і полягають у порушенні професійних обов'язків.

Ключові слова: злочин, аудит, спеціальний суб'єкт злочину, професійні аудиторські злочини.

Резюме

Ващук Е.В. Понятие и система преступлений, совершаемых аудитором как специальным субъектом.

В статье проведено разграничение государственного и негосударственного аудита, а также определены особенности последнего. Аудиторские правоотношения имеют сложную субъектную систему, для которой характерны свои средства правового регулирования. Субъектный состав аудиторских правоотношений не является исчерпывающим, поскольку пользователями информации, полученной в результате аудита, является неопределенный круг участников рыночных отноше-

ний, в том числе физические лица, государство, иностранные и международные субъекты. Сделаны выводы, что профессиональные аудиторские преступления – это общественно опасные виновные деяния (действие или бездействие), которые совершаются аудитором, и направлены на порядок общественных отношений по квалифицированному оказанию аудиторских услуг, охраняемых УК, и заключаются в нарушении профессиональных обязанностей.

Ключевые слова: преступление, аудит, специальный субъект преступления, профессиональные аудиторские преступления.

Summary

Olena Vashchuk. The concept and system of crimes committed by the auditor as a special subject.

The article distinguishes between state and non-state audit, and also defines the features of the last one. The main features of non-state audit include: a) the audit reports on financial statements, which is used mainly by customers, reduces their risks of making wrong decisions when using it; b) the audit not only detects violations in the activities, but also provides assistance in their elimination; c) the auditor works on a contractual basis with the client, and therefore has the appropriate obligations to him and in case of non-performance or improper performance is primarily a civil liability; d) during the audit it is necessary to pay for the services of auditors, which are included in the gross costs and cost of production, and ultimately paid by the buyer of goods and services; e) the auditor prepares a report in which he provides recommendations for the elimination of identified deficiencies and violations.

Audit relations have a complex subjective system, which is characterized by its own means of legal regulation. The subject composition of the audit relationship is not exhaustive, since the users of the information obtained as a result of the audit are an indefinite circle of participants in market relations, including individuals, the state, foreign and international entities. It is concluded that professional audit crimes are socially dangerous guilty acts (action or inaction) that are committed by the auditor and are aimed at the legal relations arising from the qualified provision of audit services, protected by the Criminal Code, and are in violation of professional duties. Among the crimes provided for in the Criminal Code, it is expedient to single out professional audit crimes, taking into account the specifics of the subject of their commission. At the same time, it is necessary to classify these professional audit crimes according to the appropriate criteria, which can serve as a certain algorithm for qualification in case of their commission.

Key words: crime, audit, special subject of crime, professional audit crimes.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.77

УДК 343.13

М.М. ГЕРАСИМЕНКО

*Микола Михайлович Герасименко, аспірант Академії праці, соціальних відносин і туризму**

ORCID: 0000-0002-4236-1715

ОСОБЛИВОСТІ РОЗСЛІДУВАННЯ ГЕНОЦИДУ

Постановка проблеми. До одного з найбільш резонансних злочинів, передбаченим законом України про кримінальну відповідальність, слід віднести геноцид. Масштабність цього незаконного діяння сколихнула громадянську спільноту досить давно, але тільки зараз, на теренах незалежної України, можливо встановити осіб, відповідальних за геноцид та притягнути їх до кримінальної відповідальності. Неможливо замовчувати той факт, що розслідування геноциду та притягнення винних за його вчинення є надзвичайно актуальним процесом, який потребує спеціальних знань та умінь в проведенні розслідування. На службових осіб, які в рамках кримінального провадження збирають докази, знаходять осіб, які причетні до злочину та проводять інші дії, направлені для встановлення істини в справі, покладається величезний тягар відповідальності у вигляді доказування.

Процес розслідування складається з комплексу необхідних слідчих (розшукових) дій та повинен відповідати вимогам щодо їх проведення. Залучати до проведення розслідування необхідно підготовлених співробітників, які володіють знаннями у цій сфері та можуть чітко сформулювати план слідчих (розшукових) дій та рухатись у вказаному напрямі.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Науковим підґрунтям даної роботи стали праці таких українських науковців, як М.М. Антонович, К.А. Важна, К.О. Савчук, а також інших дослідників, які досліджували питання нормативно-правового забезпечення процедурного механізму розслідування такого злочину, як геноцид. Формування уявлення про геноцид як злочин, його розслідування не минули праці науковців, які досліджували історичну складову. Доцільно зазначити, що вказаний аспект досліджували наступні науковці: С.В. Кульчицький, Г.Г. Єфіменко. При цьому низка проблемних питань потребує розгляду та більш детального вивчення. Необхідно приділити особливу увагу нормативно-правовому забезпеченню та проаналізувати, яким саме чином розслідувати кримінальні провадження, передбачені ст. 442 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Геноцид».

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження питання доказування економічних злочинів (збір відомостей, їх фіксація та застосування доказів у матеріалах кримінального провадження). Основним завданням є розгляд особливостей доказування злочинів економічного спрямування, що потребує ретельної

© М.М. Герасименко, 2020

* *Mykola Gerasymenko, Postgraduate student of the Academy of Labor, Social Relations and Tourism*

підготовки службових осіб, отримання нових спеціальних знань, забезпечення належного рівня професійної діяльності, створення плану розслідування тощо.

Виклад основного матеріалу. Процес розслідування кримінальних проваджень – це поетапний механізм збору, фіксації та використання доказів уповноваженою на те службовою особою. Розслідування проводиться слідчим, процесуальне керівництво провадженням здійснює прокурор, а оперативні співробітники допомагають виконувати доручення в рамках розслідування. Вчинення таких дій здійснюється з однією метою – швидко, всебічно та повно дослідити обставини справи та прийняти законне рішення у провадженні.

Розслідування тяжких, резонансних справ перебуває на контролі органу досудового розслідування, в якому воно проводиться, та Міністерства внутрішніх справ України. Тому знаходиться під пильною увагою не тільки керівництва підрозділу, а й громадськості, засобів масової інформації. На слідчого, прокурора одночасно покладається вищий ступінь відповідальності за розслідування, а кожна їх дія перебуває під наглядом. Саме такі обставини допомагають встановити, що службові особи в кримінальному провадженні мають створювати механізми розслідування злочинів, які є вагомими для суспільства.

До категорії злочинів, за розслідуванням яких стежить вся країна, належить геноцид. Вказане діяння є злочином проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Злочин має численну кількість потерпілих осіб, права та законні інтереси яких були порушені. Відновлення порушених прав вийшло на першочерговий рівень.

У своїй науковій статті «Проблема визначення злочину геноциду в міжнародному праві та його застосування до Голодомору 1932–1934 рр. в Україні» М.М. Антонович висловив думку, що важливим питанням у визначенні «геноциду» є поняття «наміру» саме для встановлення того, чи держава порушила свої зобов'язання згідно з Конвенцією про запобігання злочинів геноциду і покарання за нього¹. К.О. Савчук у своїй праці «Голодомор – український геноцид» наголосив на тому, що Голодомор 1932–1934 рр. визнано геноцидом українського народу на рівні національного та міжнародного законодавства, а дискусія з науковцями та політиками, які заперечують сам факт штучно організованого голоду в Україні 1932–1933 рр., є малоперспективною².

К.А. Важна, розглядаючи геноцид як суспільно негативне явище не тільки за національним, а й міжнародним законодавством у своїй науковій статті «Сутність геноциду відповідно до чинного міжнародного права та міжнародної практики» дійшла висновку, що для уможливлення реалізації справедливого й ефективного міжнародного судочинства і міжнародно-правової відповідальності необхідно чітко встановити, як вчиняється геноцид (способи вчинення геноциду), які інструменти і механізми є необхідними для вчинення геноциду в сучасних реаліях державної організації життя суспільства, хто є суб'єктом злочину геноциду³. Ми погоджуємось з цією думкою, яка тільки підтверджує масштабність проблеми вчинення геноциду, його визнання міжнародної спільнотою та розслідування.

КК визначається, що геноцид є кримінально караним діянням та утворює індивідуальний склад злочину. Фактично КК передбачив поняття «геноциду» та визначив дії, які особи можуть понести покарання. У ст. 442 ч. 1 надано наступне визначення поняттю «геноцид» як діяння, умисно вчиненого з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заповідання їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу. Вчинення такої категорії суспільно небезпечних дій обов'язково здійснюється з мотивів явної нетерпимості (національної, етнічної, расової, релігійної).

При цьому законодавець передбачає відповідальність за публічні заклики до геноциду; виготовлення матеріалів, які закликають до геноциду з метою їх розповсюдження; розповсюдження матеріалів, які закликають до геноциду (ст. 442 ч. 2 КК)⁴.

Визначення поняття «геноцид» необхідно дослідити у ст. 11 Конвенції про запобігання злочинів геноциду і покарання за нього (далі – Конвенція): геноцид визначається як дії, що чиняться з наміром знищити, цілком або частково, яку-небудь національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку: 1) вбивство членів такої групи; 2) заповідання серйозних тілесних ушкоджень або розумового розладу членам такої групи; 3) навмисне створення для якої-небудь групи таких життєвих умов, що розраховані на цілковите або часткове фізичне винищення її; 4) заходи, розраховані на запобігання народженню дітей у середовищі такої групи; 5) насильна передача дітей з однієї групи людей в іншу⁵. З урахуванням Конвенції геноцид як злочин криміналізовано за національним законодавством України.

Відповідно до Закону України «Про Голодомор 1932–1933 років в Україні» Голодомор 1932–1933 рр. визнано геноцидом Українського народу⁶. У свою чергу, постановою Верховної Ради України «Про Звернення Верховної Ради України до держав – партнерів України щодо визнання Голодомору 1932–1933 років в Україні злочином геноциду Українського народу» Верховна Рада України звернулася до держав – партнерів України з метою визнання Голодомору 1932–1933 рр. в Україні злочином геноциду Українського народу. В описовій частині постанови зазначено, що Україна у 1932–1933 рр. пережила страшну трагедію – Голодомор, який забрав мільйони людських життів. Злочинний комуністичний тоталітарний режим шляхом насильницького вилучення продовольства, блокади сіл та цілих районів, заборони виїзду за межі охопленої голодом України, згорання сільської торгівлі, репресій щодо незгодних зумисне створив для українців такі життєві умови, що були розраховані на їх фізичне знищення⁷.

Служба безпеки України порушила справу за ознаками злочину, передбаченого ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України за фактом здійснення посадовими особами геноциду в Україні 1932–1933 рр. Осіб, які є фігурантами вказаної справи, притягнуто до кримінальної відповідальності. Серед них комуністичні лідери, які очолювали СРСР та УСРР на той період.

Аналогічною є ситуація визнання геноцидом кримськотатарського народу депортацію з Криму кримських татар у 1944 р., яка визнана постановою Верховної Ради України «Про визнання геноциду кримськотатарського народу»⁸. У подальшому винесена постанова Верховної Ради України «Про звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї НАТО, світових лідерів та всіх членів міжнародного співтовариства щодо вшанування жертв геноциду кримськотатарського народу та засудження порушень Російською Федерацією прав і свобод кримськотатарського народу», в якій передбачено закликати міжнародну спільноту визнати депортацію з Криму кримських татар у 1944 р. геноцидом кримськотатарського народу⁹.

У зв'язку з цим на офіційній інтернет-сторінці прокуратури Автономної Республіки Крим з'явилася інформація, що проводиться розслідування кримінального провадження за ст. 442 КК. Фабула розслідування наступна: упродовж травня-липня 1944 р. за вказівкою колишніх керівників органів державної влади СРСР з території Кримської АРСР насильно виселено понад 225 тис. кримських татар та осіб інших національних груп для проживання до непристосованих районів Узбецької РСР, Казахської РСР, Башкирської АРСР та інших областей Російської РФСР. Крім цього зазначено, що слідчими проводиться суттєвий перелік слідчих (розшукових) дій з метою притягнення винних до відповідальності¹⁰.

Висновки. Враховуючи вказане вище, потрібно зробити висновок, що злочин, передбачений ст. 442 КК «Геноцид» займає особливе місце серед інших, оскільки належить до категорії резонансних тяжких злочинів. Розслідування геноциду являє собою послідовну логічну структуру проведення досудового розслідування, яка містить значний обсяг процесуальних дій. Особи, які здійснюють розслідування, мають володіти необхідними знаннями та бути висококваліфікованим у цій галузі. Вказаний злочин не має строків давності, а тому потрібно бути готовими досліджувати історичні події, виявляючи винних.

¹ Антонович М.М. Проблема визначення злочину геноциду в міжнародному праві та його застосування до Голодомору 1932–1934 рр. в Україні. *Наукові записки*. 2008. Т. 77. Юридичні науки. С. 62–65.

² Савчук К.О. Голодомор – український геноцид. *Вісник Львівського університету*. 2015. Вип. 37. Ч. 2. С. 58–64 (Серія «Міжнародні відносини»).

³ Важна К.А. Сутність геноциду відповідно до чинного міжнародного права та міжнародно-правової практики. *Науковий журнал «Підприємництво, господарство і право»*. Міжнародне право. 2017. № 8. С. 193–197.

⁴ Кримінальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

⁵ Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього: Нью-Йорк, 9 грудня 1948 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_155

⁶ Про Голодомор 1932–1933 років в Україні: Закон України від 28 листопада 2006 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2006. № 50. Ст. 504. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/376-16>

⁷ Про Звернення Верховної Ради України до держав – партнерів України щодо визнання Голодомору 1932–1933 років в Україні злочинним геноцидом Українського народу: постанова Верховної Ради України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2017. № 1. Ст. 16. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1777-19>

⁸ Про визнання геноциду кримськотатарського народу: постанова Верховної Ради України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2015. № 49–50. Ст. 469. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/792-19>

⁹ Про звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї НАТО, світових лідерів та всіх членів міжнародного співтовариства щодо вшанування жертв геноциду кримськотатарського народу та засудження порушень Російською Федерацією прав і свобод кримськотатарського народу: постанова Верховної Ради України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2016. № 22. Ст. 471. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1348-19>

¹⁰ Офіційна інтернет-сторінка прокуратури Автономної Республіки Крим. URL: https://ark.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_c=view&_t=rec&id=183759 (дата звернення: 27.05.2020).

Резюме

Герасименко М.М. Особливості розслідування геноциду.

Стаття присвячена розгляду такого резонансного злочину, як геноцид. Метою статті є формування уявлення про геноцид як злочин, його розслідування на підставі проаналізованих нормативно-правових актів та проведених розслідувань вказаної категорії злочинів.

Особлива увага приділяється визначенню терміна «геноцид» відповідно до національного та міжнародного законодавства (визначення терміна розглядається у Кримінальному кодексі України та Конвенції про запобігання злочинів геноциду і покарання за нього).

Досліджується процедура визнання діянь як геноциду (Голодомор 1932–1933 рр. в Україні; депортація з Криму кримських татар у 1944 р.) та висвітлення таких подій міжнародному співтовариству.

Розглядається процес розслідування геноциду з урахуванням терміну вчинення злочину, числа потерпілих осіб та завданих збитків.

Ключові слова: геноцид, Голодомор, депортація, процес розслідування, доказування, кримінальне провадження.

Резюме

Герасименко Н.М. Особенности расследования геноцида.

Статья посвящена рассмотрению такого резонансного преступления, как расследование геноцида. Целью статьи является формирование представления о геноциде как преступлении, его расследование на основании проанализированных нормативно-правовых актов и проведенных расследований указанной категории преступлений.

Особое внимание уделяется определению термина «геноцид» в соответствии с национальным и международным законодательством (определение срока рассматривается в Уголовном кодексе Украины и Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него).

Исследуется процедура признания действий как геноцида (Голодомор 1932–1933 гг. в Украине; депортация из Крыма крымских татар в 1944 г.) и освещение таких событий международному сообществу.

Рассматривается процесс расследования геноцида с учетом срока совершения преступления, числа потерпевших лиц и нанесенного ущерба.

Ключевые слова: геноцид, Голодомор, депортация, процесс расследования, доказывания, уголовное производство.

Summary

Mykola Gerasymenko. Features of the investigation of genocide.

The article is devoted to the consideration of such a resonant crime as genocide. The purpose of the article is to form an idea of genocide as a crime, its investigation on the basis of analyzed regulations and investigations of this category of crimes.

Particular attention is paid to the definition of the term “genocide” in accordance with national and international law (the definition of the term is considered in the Criminal Code of Ukraine and the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide).

The procedure of recognizing acts as genocide (the Holodomor of 1932–1933 in Ukraine; deportation of Crimean Tatars from Crimea in 1944 as genocide of the Crimean Tatar people) and coverage of such events by the international community is studied.

The process of genocide investigation is considered, taking into account the term of the crime, the number of victims and the damage caused.

One of the most resonant crimes provided by the Law of Ukraine on Criminal Liability is genocide. The scale of this illegal act has aroused civil society for a long time, but only now, in the territory of independent Ukraine, it is possible to identify those responsible for the genocide and bring them to justice. It is impossible to ignore the fact that the investigation of genocide and the prosecution of those responsible for its commission is an extremely relevant process that requires special knowledge and skills in conducting an investigation. Officials who gather evidence in criminal proceedings, find persons involved in the crime and carry out other actions aimed at establishing the truth in the case, bear a huge burden of responsibility in the form of evidence.

The investigation process consists of a set of necessary investigative (search) actions and must meet the requirements for their conduct. It is necessary to involve in the investigation trained officers who have knowledge in this area and can clearly formulate a plan of investigative (search) actions, and move in this direction.

Key words: genocide, Holodomor, deportation, investigation process, evidence, criminal proceedings.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.78

УДК 343.13

О.В. ДЕГТЯРЬОВА

*Ольга Володимирівна Дегтярьова, аспірантка
Академії праці, соціальних відносин і туризму**

ORCID: 0000-0002-0510-1914

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Постановка проблеми. Впровадження інформаційних технологій в кримінально-процесуальну діяльність стало актуальним питанням, а їх застосування зумовило необхідність торкнутись тематики забезпечення інформаційної безпеки у кримінальних провадженнях. При розслідуванні проваджень особи, які проводять розслідування, користуються базами даних та вносять в ці бази інформацію, яка має бути надійно захищена. Інформація у кримінальних провадженнях потребує особливого захисту, оскільки є об'єктом посягання з боку заінтересованих осіб щодо її розкриття та передачі.

Забезпечення інформаційної безпеки полягає у створенні належних умов для зберігання, обробки та обміну інформацією, яка будь-яким чином належить до розслідування кримінального провадження. Втручання в діяльність органів досудового розслідування через інформаційні системи – це підрив принципу незалежності правоохоронної системи. Важливо не тільки боротись з несанкціонованим втручанням, а й посилити міру відповідальності за вчинення таких дій. Оскільки всі зібрані дані в межах кримінального провадження охороняються законом та є таємницею слідства.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Науковою основою даної статті стали праці таких українських науковців, як П.Д. Біленчук, М.І. Демура, Д.І. Клепка, І.О. Крицька, М.І. Малій, Г.В. Муляр, О.С. Ховпун, а також інших дослідників, які вивчали питання забезпечення інформаційної безпеки у кримінальних провадженнях. При цьому низка проблемних питань потребує розгляду та більш детального вивчення. Проблема забезпечення інформаційної безпеки стає більш актуальною через швидкий розвиток та застосування інформаційних технологій у розслідуванні кримінального провадження.

Виклад основного матеріалу. Перехід до інформаційного суспільства характеризується впровадженням інформаційних технологій у важливі частини суспільного життя, в тому числі процес розслідування

© О.В. Дегтярьова, 2020

* *Olha Dehtiarova, Postgraduate student of the Academy of Labor, Social Relations and Tourism*

кримінальних проваджень. У ході розслідування використання інформаційних технологій стало щоденною справою у діяльності слідчого, прокурора, оперативних підрозділів тощо. Службові особи, уповноважені на проведення розслідування, використовують інформаційні бази даних, де не виходячи зі службового кабінету мають змогу отримати потрібну інформацію. Саме таким чином можна внести дані про злочин, особу, яка його вчинила та інші відомості; перевірити повноваження адвоката; отримати відомості про нерухоме майно; провести допит в режимі відеоконференції тощо.

Законом України «Про інформацію» визначено захист інформації як сукупність правових, адміністративних, організаційних, технічних та інших заходів, що забезпечують збереження, цілісність інформації та належний порядок доступу до неї. Закон передбачає, що інформація є відкритою або з обмеженим доступом. Інформацією з обмеженим доступом є конфіденційна, таємна та службова інформація¹. Будь-яке втручання, розповсюдження інформації без належного дозволу передбачає притягнення до відповідальності.

Стратегією розвитку системи Міністерства внутрішніх справ України до 2020 р. визначено основні пріоритети своєї діяльності, серед яких: безпечне середовище розвитку вільного суспільства, забезпечення високої ефективності діяльності органів системи МВС, зміцнення суспільної довіри до неї з урахуванням визначальної ролі громадянина у розбудові України як безпечної європейської держави². Фактично пріоритетом діяльності є створення безпечного середовища, у тому числі забезпечення такої безпеки під час проведення розслідувань.

І.Г. Каланча, як теоретик та практичний працівник, у науковій статті «Інформаційна безпека електронного кримінального провадження України» (2018 р.) висловила думку, що «інформаційна безпека електронного кримінального провадження» – це стан захищеності інформаційного середовища електронного кримінального провадження (апаратного і програмного сегментів та суб'єктів кримінального провадження), що забезпечує його функціонування, формування, використання і розвиток для ефективного виконання завдань кримінального провадження. В свою чергу, І.Г. Каланча наголошує, що виникає потреба в комплексному забезпеченні інформаційної безпеки електронного кримінального провадження, що зумовлює актуальність дослідження цього питання³. В практичній діяльності переведення частин кримінального провадження в електронне стало кроком не тільки вдосконалення процесу розслідування, а й обміну інформацією в електронному вигляді. Саме тому збереження електронної інформації кримінального провадження набуло активного дискурсу.

Г.В. Муляр та О.С. Ховпун у своїй статті «Особливості доказування кіберзлочинів» (2019 р.) висловили позицію, що під час розслідування кіберзлочинів актуальним залишається питання проведення всебічного та швидкого досудового розслідування із вказаних кримінальних проваджень, збір та закріплення усіх необхідних доказів, збереження юридичних властивостей доказів та в подальшому встановлення наявності або відсутності вини особи. Значну увагу під час проведення досудового розслідування у кримінальному провадженні приділяють особливості доказування кіберзлочинів, встановлення механізму доказування та визначення джерел доказів⁴. Доцільно вказати, що популяризовано такий вид доказів, як електронні, а саме: їх закріплення та передачу органу досудового розслідування з метою приєднання до матеріалів провадження. Збереження інформації в електронному вигляді значно спростить роботу органу досудового розслідування, але й виникне новий вид несанкціонованого втручання в їх роботу через інформатизовані системи баз даних.

П. Біленчук та М. Малій у своїй роботі «Новітні засоби захисту інформації в процесі електронного кримінального провадження» (2019 р.) розглянули забезпечення захисту у кримінальному провадженні та приділили особливу увагу ідентифікації особистості користувача. Науковці дійшли висновку, що серед чотирьох основних способів ідентифікації особистості користувача в процесі електронного кримінального провадження (за предметом, яким володіє людина; за паролем або особистим ідентифікаційним кодом, який вводиться в електронно-обчислювальну машину з клавіатури; за фізичними характеристиками особистості, притаманними індивідуально лише їй; за електронним цифровим підписом) найбільш перспективними та надійними вважаються останні два способи⁵. Питання ідентифікації особистості користувача нерозривно пов'язано з забезпеченням інформаційної безпеки у кримінальних провадженнях.

М.І. Демура, Д.І. Клепка, І.О. Крицька в науковій статті «Забезпечення прав та законних інтересів особи в умовах «діджиталізації» кримінального провадження» (2020 р.) висловили думку, що впровадження інформаційних технологій зумовлює так само виникнення нових перепон і під час здійснення досудового розслідування, оскільки суттєво ускладнюються процедура та можливості встановлення й доказування ознак таких кримінальних правопорушень (можливість видалення повідомлень у Telegram, Viber). У зв'язку з цим доводиться констатувати, що норми чинного кримінального процесуального законодавства відрізняються певною архаїчністю щодо новітніх проявів протиправних дій у мережі, оскільки містять загальні правила захисту прав та законних інтересів особи від загроз у реальній дійсності, при цьому не враховуючи можливість вчинення кримінальних правопорушень в Інтернет-просторі. А тому традиційні методи запобігання та боротьби з кримінальними правопорушеннями не завжди є дієвими; до того ж труднощі можуть виникати і на етапі встановлення факту вчинення правопорушення⁶. Ми погоджуємось з думкою науковців про необхідність врахування того факту, що злочинці з кожним днем стають більш вигадливими у вчиненні злочинів, а тому необхідно застосовувати не тільки новітні методи розслідування, а й забезпечувати такий інформації належний захист.

Розслідування кримінального провадження розпочинається з внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Вхід до системи здійснюється за допомогою електронного ключа та введення паролю з метою доступу до бази даних. У разі отримання такого ключа та паролю доступу може відбутись несанкціонований доступ (проникнення) до системи, відповідно дані можуть бути видалені, спотворені, втрачені або розголошені. Згідно зі ст. 214 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) після подання

заяви про злочин слідчий/прокурор зобов'язані зареєструвати таку заяву, при цьому всі можливі відомості, які містить заява, внести до Реєстру. До Реєстру вносять: дату заяви, коротку фабулу злочину, правову кваліфікацію та інші відомості, які передбачені КПК⁷.

Після початку розслідування до Реєстру можуть вноситись відомості про особу, яка вчинила злочин (повідомлення про підозру, зміну підозри, нову підозру); відомості про затримання особи; дані щодо розшуку; інформацію про об'єднання, виділення матеріалів; завдані збитки; запобіжний захід; інші відомості. Реєстр містить величезну кількість персональних даних громадян, які не можуть бути оприлюднені, передані, спотворені або виключені з бази даних. Інформація, яка вноситься уповноваженою службовою особою до Реєстру, має статус слідчої таємниці, оскільки стосується проведеного розслідування.

У Положенні про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань міститься розділ про захист відомостей, внесених до Реєстру, який необхідно розширити, а захисту інформаційної безпеки приділити особливу увагу.

Положенням передбачено, що адміністратор здійснює комплекс програмних, технологічних та організаційних заходів щодо захисту відомостей, які містяться у Реєстрі, від несанкціонованого доступу; адміністратор за кожним фактом втрати або пошкодження Реєстратором електронного ключа доступу невідкладно вживає заходів до його блокування та повідомляє про це Держателя Реєстру; адміністратор негайно інформує відповідного керівника прокуратури та органу досудового розслідування про намагання Реєстратора отримати інформацію за межами наданого йому доступу (Розділ IV)⁸. Необхідно посилити заходи щодо збереження відомостей, які вносяться до Реєстру. Особа, яка підтримує належний рівень інформаційної безпеки, має володіти знаннями у галузі інформаційних технологій та постійно підвищувати свій професійний рівень.

Висновки. Важливо зазначити, що впровадження інформаційних технологій зумовило виникнення електронного кримінального провадження. У свою чергу, розслідування такого кримінального провадження передбачає застосування заходів щодо збереження інформації. Інформаційна безпека у кримінальному провадженні – це захищеність інформаційного середовища електронного кримінального провадження за допомогою засобів та методів збереження інформації, що забезпечує належне функціонування кримінального провадження та сприяє виконанню його завдань.

Основною базою даних, що може зазнати посягання в процесі розслідування, є Єдиний реєстр досудових розслідувань, який містить інформацію про повідомлення особі про підозру, зміну підозри, нову підозру; затримання особи; дані щодо розшуку; інформацію про об'єднання, виділення матеріалів; завдані збитки; запобіжний захід; інші значимі дані, які можуть стати відомі органу досудового розслідування. Інформація такого характеру має бути надійно захищена від впливу інших осіб та маніпулювання даними, тому слід забезпечити інформаційну безпеку. Існує ймовірність, що дані можуть бути видалені, спотворені або знищені, що надасть змогу особам, які вчинили злочин, уникнути відповідальності.

¹ Про інформацію: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1992. № 48. Ст. 650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text>

² Стратегія розвитку системи Міністерства внутрішніх справ України до 2020 р. URL: <https://cyberpolice.gov.ua/strategy-2020>

³ Каланча І.Г. Інформаційна безпека електронного кримінального провадження України. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2018. № 3. С. 11–22.

⁴ Муляр Г.В., Ховпун О.С. Особливості доказування кіберзлочинів. *Право. Людина. Довкілля: наук.-практ. журнал* 2019. Т. 10. № 3. С. 132–138. URL: <http://journals.nubip.edu.ua/index.php/Pravo/article/view/law2019.03.017/11129>

⁵ Біленчук П., Малій М. Новітні засоби захисту інформації в процесі електронного кримінального провадження: матеріали круглого столу (25 липня 2019 р.). Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. 56 с.

⁶ Демура М.І., Клепка Д.І., Крицька І.О. Забезпечення прав та законних інтересів особи в умовах «діджиталізації» кримінального провадження. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 1. С. 295–301. URL: http://kul.kiev.ua/images/A/Chasopis/CHAS20_1.pdf

⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n5941>

⁸ Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань: наказ Генеральної прокуратури України від 06.04.2016 р. № 139. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0680-16#Text>

Резюме

Дегтярьова О.В. Забезпечення інформаційної безпеки у кримінальному провадженні.

У науковій статті розглядається питання захисту інформації під час розслідування кримінальних проваджень, забезпечення інформаційної безпеки. Досліджується позиція наукових та практичних працівників щодо забезпечення інформаційної безпеки на стадії досудового розслідування кримінальних проваджень.

Аналізуються положення Закону України «Про інформацію», Стратегії розвитку системи Міністерства внутрішніх справ України до 2020 р., Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо забезпечення інформаційної безпеки у провадженнях.

Ключові слова: інформація, інформаційні технології, кримінальне провадження, забезпечення безпеки, інформаційна безпека.

Резюме

Дегтярева О.В. Обеспечение информационной безопасности в уголовном производстве.

В научной статье рассматривается вопрос защиты информации при расследовании уголовных производств, обеспечение информационной безопасности. Исследуется позиция научных и практических работников по обеспечению информационной безопасности на стадии досудебного расследования уголовных производств.

Анализируются положения Закона Украины «Об информации» Стратегии развития системы Министерства внутренних дел Украины до 2020 г., Положение о порядке ведения Единого реестра досудебных расследований по обеспечению информационной безопасности в производствах.

Ключевые слова: информация, информационные технологии, уголовное производство, обеспечение безопасности, информационная безопасность.

Summary

Olha Dehtiarova. Ensuring information security in criminal proceedings.

The scientific article considers the issue of information protection during the investigation of criminal proceedings, information security. The position of researchers and practitioners on information security at the stage of pre-trial investigation of criminal proceedings is studied.

The provisions of the Law of Ukraine «On Information», the Strategy for the Development of the System of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine until 2020, the Regulations on the Procedure for Maintaining the Unified Register of Pre-trial Investigations to Ensure Information Security in Proceedings are analyzed.

The introduction of information technology in criminal procedure has become an urgent issue, and their application has necessitated the need to address the issue of information security in criminal proceedings. When investigating proceedings, the investigators use databases and enter into these databases information that must be securely protected. Information in criminal proceedings needs special protection, as it is subject to encroachment by interested parties on its disclosure and transmission.

Ensuring information security is to create appropriate conditions for the storage, processing and exchange of information that in any way relates to the investigation of criminal proceedings. Interference in the activities of pre-trial investigation bodies through information systems is an undermining of the principle of independence of the law enforcement system. It is important not only to combat unauthorized interference, but also to increase the degree of responsibility for such actions. Because all data collected in criminal proceedings are protected by law and are a secret of the investigation.

Information security in criminal proceedings is the protection of the information environment of electronic criminal proceedings with the help of means and methods of information storage, which ensures the proper functioning of criminal proceedings and facilitates the implementation of its tasks.

Key words: information, information technologies, criminal proceedings, security, information security.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.79

УДК 343.97, 343.35

В.М. КАБАЄВ

*Віталій Миколайович Кабаєв, аспірант Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-6966-8354

ОСОБЛИВОСТІ ОБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ СЛУЖБОВИМИ ОСОБАМИ, ЯКІ ЗАЙМАЮТЬ ОСОБЛИВО ВІДПОВІДАЛЬНЕ СТАНОВИЩЕ

Постановка проблеми. Правильна кваліфікація кримінальних правопорушень, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище, є однією із важливих та, на жаль, невирішених проблем становлення України як демократичної та правової держави. Це насамперед пов'язано з тим, що часто вчинення цих злочинів залишається безкарним у зв'язку із так званим політичним імунітетом осіб, які їх вчиняють, або внаслідок неможливості проведення повного та неупередженого розслідування правоохоронними органами. Однак шкода, що заподіюється такими злочинами, полягає не тільки і не стільки у матеріальних втратах, а й у порушенні законних прав та інтересів людей, виникненні недовіри до державних органів, зокрема, правоохоронних та судових. Питання про кваліфікацію злочинів полягає насамперед у встановленні усіх елементів складу злочину, серед яких об'єктивні ознаки є обов'язковим та важливим аспектом.

Об'єктивні ознаки будь-якого злочину – це передусім об'єкт та об'єктивна сторона злочину. Саме ці елементи складу кримінальних правопорушень, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище, будуть розглянуті нижче. Вчення про об'єкт злочину – це наріжний камінь вітчизняної кримінально-правової науки, проте, як не парадоксально, саме з приводу цього питання найменшу єдність поглядів виявляють його дослідники. Безумовно, всі згодні, що об'єкт злочину – це те, на що посягає злочинне діяння, чому воно заподіює або може заподіяти шкоду. Але на цьому всяка єдність і закінчується. Питання ж про те, чому саме злочинне діяння заподіює або може заподіяти шкоду, є одним із найбільш спірних у науці.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання кримінальної відповідальності службових осіб, поняття службової особи неодноразово висвітлювалися в літературі. Значний внесок у вивчення окреслених проблем зробили П.П. Андрушко, О.Ф. Бантишев, Л.П. Брич, В.Д. Вознюк, Н.О. Гуророва, О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк, М.Й. Коржанський, О.М. Костенко, Д.І. Крупко, В.С. Лукомський, В.О. Навроцький та інші

© В.М. Кабаєв, 2020

* *Vitalii Kabaiev, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

науковці. Однак ця проблема в Україні, зокрема в частині відповідальності службових осіб, які займають особливо відповідальне становище, не була комплексно, системно й ґрунтовно досліджена. Проблема об'єкта злочину глибоко досліджувалася в роботах багатьох учених-правників. Особливий внесок у її розробку внесли В.К. Глистин, М.Й. Коржанський, Б.С. Никифоров, А.А. Піонтковський, В.Я. Тацій, А.Н. Трайнін, С.А. Фролов та ін.

Формулювання мети статті. З огляду на викладене, метою цієї статті є визначення особливостей об'єктивних ознак злочинів, вчинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище.

Виклад основного матеріалу. Сьогодні у вітчизняній науці кримінального права існує два діаметрально протилежні концептуальні підходи до проблеми об'єкта. Одна концепція об'єктом злочинів визначає сукупність суспільних відносин, друга – блага, цінності та інші сфери життєдіяльності людей. Обидві концепції мають своє історичне коріння та сучасних послідовників¹. Об'єкт злочину також необхідний для визначення самого поняття злочину, значною мірою впливає на зміст об'єктивних і суб'єктивних його ознак, є вихідним при кваліфікації злочинів, побудові системи Особливої частини КК. Так, наприклад, розділ XVII Особливої частини КК має назву «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». Таким чином, усі злочинні діяння, які передбачені цим розділом, посягають на суспільні відносини у сфері службової діяльності або професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Суспільні відносини, що складаються під час правосуддя, є об'єктом злочинів, передбачених розділом XVIII Особливої частини КК – «Злочини проти правосуддя». Крім того, варто додати, що дотримуючись викладеної раніше загальноновизнаної точки зору, згідно з якою об'єктом злочину виступають суспільні відносини, слід зазначити, що не всі суспільні відносини можуть виступати в якості його об'єкта, а лише ті з них, «на які посягає злочин, спричиняючи їм певну шкоду, і які поставлені під охорону кримінального закону»². Саме таке розуміння об'єкта злочину як суспільного відношення, що охороняється кримінальним законом, і покладено в основу дослідження об'єкта злочинів, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище. Крім того, з метою правильного визначення сутності об'єкта злочину важливим є питання про поняття та структуру власне суспільного відношення.

Відповідно до чинного КК України злочини, що можуть бути вчинені службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, передбачені наступними статтями: ч. 4 ст. 368, ч. 4 ст. 369 та ч. 3 ст. 382 КК України. Перші два склади злочинів – це злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, останній – злочин проти правосуддя. Крім того, вважаємо за доцільне проаналізувати об'єктивні ознаки злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-2, адже цей злочин може бути вчинений щодо службової особи, яка займає особливо відповідальне становище, і це буде особливо кваліфікуючою ознакою його вчинення. Таким чином, родовим об'єктом злочинів, вчинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, є суспільні відносини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, зв'язаної з наданням публічних послуг, а також суспільні відносини під час правосуддя. Розуміння родового об'єкта цих злочинів як суспільних відносин, які забезпечують саме ці сфери життєдіяльності, дає змогу більш глибоко розкрити сутність безпосереднього об'єкта досліджуваних злочинів, оскільки він обов'язково повинен знаходитися в площині родового об'єкта. У свою чергу, додатковий безпосередній об'єкт підрозділяється на обов'язковий та факультативний. Необхідність цієї класифікації зумовлена тим, що один злочин може одночасно спричинити шкоду декільком суспільним відносинам. У зв'язку з цим у науці кримінального права під додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом розуміють такий об'єкт, який у даному складі злочину має місце завжди, у будь-якому випадку вчинення певного злочину, а під додатковим факультативним – ті суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом, котрим не в усіх випадках завдається шкода при вчиненні злочину³. Проаналізуємо, які саме безпосередні об'єкти злочинів, вчинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище. Відповідно до коментаря КК України безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ч. 4 ст. 368 КК України, це встановлений законодавством або уповноваженим органом порядок оплати праці, згідно з яким діяльність по службі стосовно фізичних і юридичних осіб з боку службових осіб повинна здійснюватися невідкупно та фінансуватися за рахунок коштів держави, органів місцевого самоврядування, державних і комунальних підприємств, установ, організацій. Крім того, предметом цього злочину є неправомірна вигода, під якою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав⁴. Варто додати, що відповідно до заявленої вище позиції, якщо розглядати об'єкт злочину як суспільні відносини, то об'єктом цього злочину є саме суспільні відносини, що виникають при вчиненні чи невчиненні службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, певної дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Наступний склад злочину, об'єкт якого будемо розглядати – це ч. 3 ст. 368-2 КК України. Згідно з коментарем КК України, безпосередній об'єкт цього злочину збігається з відповідним елементом складу злочину, передбаченого ст. 368 КК України. Тобто ним є встановлений законодавством або уповноваженим органом порядок оплати праці, згідно з яким діяльність по службі стосовно фізичних і юридичних осіб з боку службових осіб повинна здійснюватися невідкупно та фінансуватися за рахунок коштів держави, органів місцевого самоврядування, державних і комунальних підприємств, установ, організацій. Предметом цього злочину є активи в значному розмірі, під якими слід розуміти грошові кошти або інше майно, а також доходи від них, якщо їх розмір (вартість) перевищує одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ч. 2 примітки до ст. 368-2 КК України). Обов'язковою ознакою предмета злочину є те, що законність підстав набуття таких активів не підтверджена доказами. Використане в законі формулювання вказує, що особа,

уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, повинна доказувати факт законності набуття активів у значному розмірі задля уникнення звинувачень у незаконному збагаченні. Відповідно, якщо розглядати об'єкт злочину як суспільні відносини, то це – саме ті суспільні відносини, що виникають при вчиненні чи невчиненні службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, певної дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Третім злочином, який будемо розглядати, є злочин, передбачений ч. 4 ст. 369 КК України. Тут службова особа, яка займає особливо відповідальне становище, не обов'язково буде суб'єктом злочину, але навіть якщо цей злочин вчинений щодо такої особи, це буде особливо кваліфікуючою ознакою. Безпосереднім об'єктом цього злочину може вважатися встановлений порядок службової діяльності в окремих ланках державного апарату й апарату місцевого самоврядування, апарату управління державних або комунальних підприємств, установ та організацій. Предметом цього злочину є неправомірна вигода, під якою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав. Розглядаючи безпосередній об'єкт злочину як суспільні відносини, можна сказати, що безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ч. 4 ст. 369 КК України, є суспільні відносини, що виникають у зв'язку із вчиненням чи невчиненням службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, певної дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Останнім злочином, який ми розглядаємо як такий, що вчиняє службова особа, яка займає особливо відповідальне становище, є злочин проти правосуддя, передбачений ч. 3 ст. 382 КК України. Одним із основних принципів судочинства є обов'язковість судових рішень (ч. 5 ст. 124 та п. 9 ч. 3 ст. 129 Конституції України). Судові рішення, які набрали законної сили, є обов'язковими до виконання кожною особою на всій території України. Згідно з ч. 2 ст. 21 КПК України вироки та ухвали суду підлягають обов'язковому та безумовному виконанню. Основний безпосередній об'єкт вказаного вище злочину – це інтереси правосуддя в частині забезпечення повного і своєчасного виконання судового рішення. Додатковий безпосередній об'єкт злочину становлять конституційні права та основні свободи і законні інтереси людини та юридичних осіб, авторитет судових і правоохоронних органів, а також міжнародний авторитет держави.

Крім того, предмет злочину, передбаченого ч. 3 ст. 382 КК України, – це судовий акт (вирок, рішення, ухвала чи постанова, що набрали законної сили), який було прийнято в установленому законом порядку суддею (суддями) суду загальної юрисдикції або Конституційного Суду України. Предметом злочину може бути будь-який судовий акт органів правосуддя незалежно від: юрисдикції (загальної чи спеціалізованої); інстанції (першої, апеляційної чи касаційної); категорії судових справ (цивільних, господарських, адміністративних, кримінальних). Стаття 382 КК України охоплює невиконання або перешкодження виконанню рішень іноземних судів (у цивільних, трудових, сімейних справах), вироків іноземних судів у кримінальних справах щодо конфіскації майна, відшкодування шкоди потерпілим тощо. Також, з огляду на те, що об'єкт злочину ми розглядаємо як суспільні відносини, можна визначити безпосередній об'єкт цього злочину як суспільні відносини, що виникають із необхідністю обов'язкового виконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище.

Розглядаючи об'єктивні ознаки злочинів, що їх вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище, варто також звернути увагу на такий обов'язковий елемент їхнього складу, як об'єктивна сторона цих злочинів.

Об'єктивна сторона злочину – це зовнішній вигляд злочинного діяння, що охоплює безпосередньо саме діяння (у активній формі – дія, пасивній – бездіяльність), злочинні наслідки та кримінально вагомий причинний зв'язок між діянням та наслідками⁵. Тож розглянемо кожен склад злочинів, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище, і виділимо об'єктивну сторону цих злочинів. Першим злочином будемо розглядати такий, що передбачений ч. 4 ст. 368 КК України. Коментар до КК України містить такий опис об'єктивної сторони цього злочину. З об'єктивної сторони цей злочин може бути вчинений у таких формах стосовно неправомірної вигоди: 1) прийняття пропозиції, обіцянки її надання; 2) її одержання; 3) прохання її надати.

Прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди – це згода (погодження, виявлення готовності) службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, на надання їй неправомірної вигоди. Прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди може бути здійснене в будь-якій формі (конклюдентними діями, усно, письмово, телефоном тощо). Під пропозицією слід розуміти висловлення службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище, наміру про надання неправомірної вигоди, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди. Одержання неправомірної вигоди передбачає будь-який спосіб її прийняття службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, особисто або через посередника. Відповідальність за одержання неправомірної вигоди настає тільки за умови, якщо службова особа, яка займає особливо відповідальне становище, одержала її за вчинення чи невчинення дій в інтересах того, пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи з використанням наданої їй влади чи службового становища. Прохання – це звернення службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, із закликом надання неправомірної вигоди в чіткій та ввічливий формі з повагою до права особи відмовити в задоволенні такого прохання. Варто звернути увагу на те, що фактичне виконання або невиконання дій з використанням наданої влади чи службового становища знаходиться поза межами об'єктивної сторони злочину.

Розглядаючи об'єктивну сторону злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-2 КК України, варто зазначити наступне. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується вчиненням таких альтернативних діянь: 1) набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у влас-

ність активів; 2) передача нею таких активів будь-якій іншій особі. Об'єктивна сторона злочину характеризується активною поведінкою – діями, які можуть бути вчинені у двох альтернативних формах. Обов'язковою умовою відповідальності за ст. 368-2 КК України є незаконний характер збагачення службової особи, що займає особливо відповідальне становище, бо, по-перше, воно завжди пов'язане з порушенням обмежень щодо використання службового становища суб'єкта, тобто з порушенням своїх службових обов'язків; по-друге, його предметом завжди є неправомірна вигода, яка отримується без законних на це підстав; по-третє, матеріальні блага (вигоди), які є предметом цього злочину, одержуються суб'єктом безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову. Причому ознаки такого збагачення наявні як тоді, коли суб'єкт незаконно отримує певні матеріальні блага (наприклад, збільшує свої майнові доходи внаслідок незаконного одержання дарунків у вигляді грошових коштів, майна), так і тоді, коли він позбавляється матеріальних витрат (наприклад, повністю або частково ухиляється від оплати послуг за рахунок незаконного отримання різного роду пільг чи переваг). Проте кваліфікація діяння за ст. 368-2 КК України виключається, якщо одержання неправомірної вигоди службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, є ознакою об'єктивної сторони іншого складу злочину, відповідальність за який передбачена у відповідних статтях Особливої частини КК України (наприклад, у ст. ст. 191 чи 368 КК України). Аналізуючи об'єктивні ознаки складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-2 КК України, варто обов'язково звернути увагу на те, що відповідно до Рішення Конституційного Суду № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р. ст. 368-2 КК України визнана такою, що не відповідає Конституції України.

Відповідно до цього рішення, за змістом ст. 368-2 КК України набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі утворює об'єктивну сторону складу такого злочину, як незаконне збагачення, якщо законність підстав набуття таких активів у власність не підтверджено доказами. Отже, ключовою ознакою незаконного збагачення як злочину закон визначає відсутність доказів законності підстав набуття у власність вказаних активів. Відсутність доказів за такого формулювання диспозиції норми уможливило визнання наявності у діях особи об'єктивної сторони складу такого злочину, як незаконне збагачення.

Особливості формулювання диспозиції норми, яка міститься в ст. 368-2 КК України, насамперед юридична конструкція «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», зумовлюють потребу з'ясувати питання стосовно суб'єкта, який має підтвердити доказами законність підстав набуття у власність активів у значному розмірі особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а отже, й довести її невинуватість у вчиненні злочину. Такий висновок впливає з того, що підтвердження доказами законності підстав набуття відповідних активів у власність означає, що в діях конкретної особи відсутній склад злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України.

З огляду на приписи частини першої ст. 19, частин першої, другої ст. 62 та частини першої ст. 63 Конституції України суб'єктом, який зобов'язаний збирати докази законності підстав набуття у власність відповідних активів конкретною особою, не може бути особа, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні будь-якого злочину, у тому числі передбаченого ст. 368-2 КК України. Особа може надавати докази своєї невинуватості лише за власним бажанням або не надавати їх взагалі⁶.

Наступний склад злочину, який будемо розглядати, ч. 4 ст. 369 КК України. Нагадаємо, що тут службова особа, яка займає особливо відповідальне становище, не обов'язково буде суб'єктом злочину, але навіть якщо цей злочин вчинений щодо такої особи, це буде особливо кваліфікуючою ознакою. Відповідно до коментаря до КК України, з об'єктивної сторони цей злочин характеризується вчиненням таких діянь стосовно неправомірної вигоди: 1) пропозиція неправомірної вигоди; 2) її обіцянка; 3) її надання. Одержувачем чи потенційним одержувачем неправомірної вигоди є службова особа, яка займає особливо відповідальне становище. Під пропозицією слід розуміти висловлення службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище, наміру про надання неправомірної вигоди, а під обіцянку – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди. Пропозиція чи обіцянка можуть бути здійснені як в усній, так і в письмовій формі.

Склад злочину, передбаченого ч. 4 ст. 369 КК України, утворюють також дії службової особи, що займає особливо відповідальне становище, яка віддала розпорядження (наказ) підлеглому добиватися певних благ, пільг чи переваг шляхом надання неправомірної вигоди інших службових осіб, що займають особливо відповідальне становище, надала для цього кошти чи інші цінності або розпорядилася їх виділити, надала законного вигляду виплатам у випадках вчинення цього злочину у завуальованих формах тощо. Якщо ж службова особа, що займає особливо відповідальне становище, лише рекомендувала підлеглому добиватися благ, пільг чи переваг за неправомірну вигоду, відповідальність за це несе той працівник, який, виконуючи таку рекомендацію, передав незаконну винагороду. Дії службової особи, яка займає особливо відповідальне становище, в цьому випадку можуть кваліфікуватися як підбурювання до надання неправомірної вигоди, а за наявності певної мети – як провокація підкупу.

Цей злочин вважається закінченим з моменту, коли службова особа, яка займає особливо відповідальне становище, прийняла хоча б частину неправомірної вигоди. Якщо запропоновану вигоду не прийнято, дії винуваної особи будуть кваліфікуватися як замах на пропозицію неправомірної вигоди.

І, нарешті, останній склад злочину, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище – це злочин, передбачений ч. 3 ст. 382 КК України. З об'єктивної сторони невиконання судового рішення може характеризуватися: 1) невиконанням службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, вироку, рішення, ухвали чи постанови суду, що набрали законної сили; 2) перешкодженням службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, виконанню вироку, рішення, ухвали чи постанови суду, що набрали законної сили; 3) невиконанням службовою особою, яка займає особливо відповідаль-

не становище, рішення Європейського суду з прав людини. Невиконання судового рішення полягає у нежитті службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, до якої звернуто виконання вироку, рішення, ухвали або постанови суду, що набрали законної сили, передбачених законом заходів щодо їх виконання. Невиконання може виражатися у прямій відмові виконати судові рішення або в ухиленні від його виконання. Відмова означає явне, відкрите, висловлене усно або письмово небажання службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, виконати судові рішення. Перешкоджання виконанню судового рішення передбачає протидію службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, наділеною законом певними повноваженнями щодо реалізації вимог, які у ньому містяться, з метою недопущення його реалізації. Така протидія може виражатися у прямій забороні своїм підлеглим виконувати вимоги державних виконавців державної виконавчої служби, погрози застосувати до певних осіб, у тому числі й службових, насильства, спробі підкупити чи обманути їх з метою недопущення виконання судового рішення. Відповідальність настає у випадку невиконання рішення лише одного органу державної влади – суду. Поняттям суд охоплюються всі існуючі в Україні суди, які входять до судової системи України: Конституційний Суд України і суди загальної юрисдикції, у т.ч. спеціалізовані. Під вказане поняття не підпадають товариські і третейські суди, Міжнародний комерційний арбітражний суд та Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України⁷. Як зазначено у диспозиції ст. 382 КК України, відповідальність настає у випадку невиконання чи перешкоджання виконанню службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, тільки таких судових рішень, що набрали законної сили. Вказівка на цю обставину є абсолютно обґрунтованою, оскільки судові рішення, що не набрали законної сили, не вважаються остаточними і можуть бути змінені.

Висновки. Підсумовуючи, зауважимо, що розглянуті нами об'єктивні ознаки злочинів, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище, мають певні особливості. Це три окремих склади злочинів, два з яких передбачені Розділом XVII Особливої частини КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», і один – Розділом XVIII Особливої частини КК України «Злочини проти правосуддя». Саме тому визначення особливостей об'єктивних ознак цих злочинів, зрештою, зводиться до визначення особливостей об'єкта та об'єктивної сторони кожного із цих злочинів. Таким чином, об'єкти злочинів, передбачених ч. 4 ст. 368 та ч. 4 ст. 369 КК України, тісно переплітаються, адже усі вони об'єднані єдиним родовим об'єктом – суспільними відносинами, що виникають у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. У вказаних складах злочинів безпосереднім об'єктом можна вважати власне суспільні відносини, що виникають при вчиненні чи невчиненні службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, певної дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. Третій склад злочину, що вчиняє службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, передбачений ч. 3 ст. 382 КК України. Родовим об'єктом цього злочину є суспільні відносини у сфері здійснення правосуддя, а безпосереднім – суспільні відносини, що виникають із необхідністю обов'язкового виконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище. Так само можна розділити на дві групи і об'єктивну сторону злочинів, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище. Першу групу становлять об'єктивні сторони злочинів, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг – це усі діяння, пов'язані з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, а також – із незаконним збагаченням. Другу групу становлять альтернативні діяння, передбачені ст. 382 КК України, за умови вчинення їх службовими особами, які займають особливо відповідальне становище. Це може бути невиконання службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, вироку, рішення, ухвали чи постанови суду, що набрали законної сили; перешкоджанням службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, виконанню вироку, рішення, ухвали чи постанови суду, що набрали законної сили; невиконанням службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, рішення Європейського суду з прав людини.

¹ Смельянов В.П. Дискусійні питання щодо визначення об'єкту злочину у кримінально-правовій науці. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2007. Вип. 16. С. 172–182.

² Уголовное право Украины. Общая часть / М.И. Бажанов, Ю.В. Баулин, В.И. Борисов и др. ; под ред. М.И. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Харьков: Право, 1998. 400 с.

³ Тацій В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. Харьков: Выща школа, 1988. 198 с.

⁴ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Інтернет-ресурс «Ліга-закон». URL : <https://ips.liga-zakon.net/document/KK004891>

⁵ Гринь О.Д. Кримінально-правова характеристика об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 131 КК України. *Юридична наука*. 2016. № 2. С. 31–41.

⁶ Рішення Конституційного Суду № 1-п/2019 від 26.02.2019 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19>

⁷ Коментар до Кримінального кодексу України. Електронний ресурс «Юрист-онлайн». URL : <http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/kodeks/024/379.php>

Резюме

Кабасв В.М. Особливості об'єктивних ознак злочинів, вчинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище.

У статті здійснено аналіз особливостей об'єктивних ознак злочинів, що вчиняють службові особи, які займають особливо відповідальне становище. Встановлено, що правильна кваліфікація кримінальних правопорушень, що їх вчиняють службові

особи, які займають особливо відповідальне становище, є обов'язковим та важливим аспектом у становленні України як демократичної та правової держави.

Ключові слова: склад злочину, об'єкт злочину, спеціальний суб'єкт злочину, органи державної влади, кримінальна відповідальність службових осіб, особливо відповідальне становище.

Резюме

Кабая В.М. Особенности объективных признаков преступлений, совершенных должностными лицами, которые занимают особо ответственное положение.

В статье осуществлен анализ особенностей объективных признаков преступлений, которые совершают должностные лица, которые занимают особо ответственное положение. Установлено, что правильная квалификация уголовных преступлений, которые совершают должностные лица, занимающие особо ответственное положение, является обязательным и важным аспектом в становлении Украины как демократического и правового государства.

Ключевые слова: состав преступления, объект преступления, специальный субъект преступления, органы государственной власти, уголовная ответственность должностных лиц, особо ответственное положение.

Summary

Vitalii Kabayev. Features of objective signs of crimes committed by officials who hold a particularly responsible position.

The article analyzes the features of the objective features of crimes committed by officials who occupy a particularly responsible position. It has been established that the correct qualification of criminal offenses committed by officials who hold a particularly responsible position is a mandatory and important aspect in the formation of Ukraine as a democratic and legal state. Therefore, determining the characteristics of the objective features of these crimes, in the end, comes down to determining the characteristics of the object and the objective side of each of these crimes. Thus, the objects of crimes under Part 4 of Article 368 and Part 4 of Article 369 of the Criminal Code of Ukraine are closely intertwined, because they are all united by a single generic object – social relations arising in the field of official activity and professional activities related to the provision of public services. In these corpus delicti, the direct object can be considered the actual social relations that arise when an official who holds a particularly responsible position commits or does not commit a certain action using the power or official position granted to him. The third corpus delicti committed by an official who holds a particularly responsible position is provided for in Part 3 of Article 382 of the Criminal Code of Ukraine. The generic object of this crime is public relations in the field of justice, and direct – public relations arising from the need for mandatory execution of sentences, decisions, rulings, court decisions that have entered into force, an official who holds a particularly responsible position. It is also possible to divide into two groups the objective side of crimes committed by officials who hold a particularly responsible position. The first group consists of the objective aspects of crimes committed by officials who hold a particularly responsible position in the field of official activities and professional activities related to the provision of public services – these are all acts related to the acceptance of an offer, promise or receipt illicit gain, as well as illicit enrichment. The second group consists of alternative acts provided for in Article 382 of the Criminal Code of Ukraine, provided that they are committed by officials who hold a particularly responsible position.

Key words: corpus delicti, object of crime, special subject of crime, public authorities, criminal liability of officials, especially responsible position.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.80

УДК 343.97, 343.61

Б.М. МИРКО

*Богдан Миколайович Мирко, аспірант Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0003-4933-0513

СУЧАСНІ ДЕТЕРМІНАНТИ ПРОВОКАЦІЇ ПІДКУПУ

Постановка проблеми. Провокація підкупу – один із злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Суспільна небезпека цього злочину полягає у тому, що він входить до структури найрозповсюдженіших корупційних правопорушень, які впливають на розвиток суспільства в цілому, гальмуючи ефективні механізми подолання кризи та створення непохитної позиції нетерпимості до корупції серед громадян. Одним із найважливіших завдань, що допоможе вирішити проблему широкого розповсюдження корупції у суспільстві, є визначення детермінаційного комплексу цих злочинів. Вплив на детермінанти, тобто на причини та умови вчинення провокації підкупу, дасть змогу знизити негативні наслідки як цих злочинів, так і корупції як такої взагалі.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Стосовно детермінації злочинності варто сказати, що цьому питанню присвячували увагу майже усі науковці-кримінологи, досліджуючи злочинність взагалі чи якийсь її певний вид. Однак їхні дослідження, як правило, спиралися на ґрунтовні праці таких відомих вчених, як Г.А. Аванесов, Ю.М. Антонян, А.П. Закалюк, А.Ф. Зелінський, В.М. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнецова та ін. Саме ці автори стояли біля витоків вітчизняного вчення про детермінацію злочинів, створювали перші класифікації детермінант та розширювали уявлення про систему причин та умов вчинення злочинів. Нап-

© Б.М. Мирко, 2020

* *Bohdan Myrko, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

риклад, Н.Ф. Кузнецова у монографії «Проблеми криминологической детерминации»¹, дотримуючись докладної класифікації детермінант злочинів, вважає, що поділяти причини та умови злочинності слід за такими критеріями: за механізмом дії (характером детермінації), за рівнем функціонування, змістом, природою, сутністю та іншими ознаками. За механізмом дії Н.Ф. Кузнецова поділяє негативні соціальні явища та процеси, які детермінують злочинність, на дві категорії – причини й умови. За рівнем ієрархії (субординації) функціонування криміногенні детермінанти вчена класифікує на причини й умови злочинності (інколи їх називають «загальні причини»), умови та причини груп злочинів, причини й умови окремих конкретних злочинів, які виявляються за кожним фактом вчинення злочину. Н.Ф. Кузнецова за змістом поділяє криміногенні детермінанти на соціально-психологічні, соціально-економічні, організаційно-управлінські та ін.

У сучасній вітчизняній криминологічній літературі теоретичні проблеми детермінації злочинності стали предметом дослідження на рівні монографій і докторських дисертацій у працях А.М. Бойка² та С.І. Нежурбіди³. Так, С.І. Нежурбіда у своїй роботі систематизував доктринальні погляди на причини злочинів античних філософів, представників науково-філософських течій різних періодів, надав характеристику феноменології як вчення про причинність злочинності та охарактеризував еволюцію теорій причин злочинності, а також з використанням методологічних основ теорії злочинної установки запропонував її інструментарій для розкриття механізму спричинення шкоди охоронюваним суспільним цінностям.

Формулювання мети статті. З огляду на викладене метою цієї статті є визначення детермінаційного комплексу такого корупційного правопорушення, як провокація підкупу на сучасному етапі.

Виклад основного матеріалу. Витоки теорії детермінації злочинності варто шукати у філософському вченні про детермінізм, тобто про універсальний діалектичний взаємозв'язок і взаємозумовленість предметів і явищ природи та суспільства, що утворюють цілісність оточуючого світу, забезпечують його зміни та розвиток. Зважаючи на те, що оточуюча дійсність надзвичайно різноманітна, кожен предмет чи явище має багато властивостей, які вони розкривають через зв'язок і взаємодію з іншими предметами та явищами. Саме такі взаємозв'язки і взаємодії характеризуються численною мережею відносин між предметами, явищами матеріального і духовного (або ідеального) світу, що відображаються свідомістю людей, перетворюються на внутрішню логіку мислення і втілюються у цілеспрямованій діяльності. При взаємодії вказаних об'єктів відбувається обмін матерією, енергією та інформацією, що у кінцевому підсумку призводить до появи нових та зміни існуючих явищ природи і суспільства. Похідним поняттям від детермінізму є саме детермінація, що розуміється як підпорядкований об'єктивним законам природи і суспільного розвитку складний процес породження, зумовлення, взаємних трансформацій і динамічних змін явищ, процесів, подій та станів оточуючої дійсності. У процесі детермінації відбувається безперервне відтворення й оновлення різних форм життя, типів відносин, класів явищ і процесів. Як зазначає Б.М. Головкін, криминологічна детермінація є різновидом соціальної детермінації. Вона пояснює закономірний розвиток і взаємозв'язок суспільного буття із суспільною свідомістю через відносини між людьми, різні види діяльності, у тому числі злочинної⁴. Крім того, згідно з його поглядом, головну роль у спричиненні злочинної поведінки відіграють криміногенні деформації суспільної свідомості у виді антисуспільних поглядів, звичаїв, традицій, установок, що за певних умов та обставин закономірно призводять до вчинення злочинів⁵.

Криминологічна детермінація часто розуміється як прояв трьох основних видів зв'язку: причинного, зумовленого та функціонального. Причинний (з позиції лінгвістики, більш правильно, причиновий, але наразі майже усі доктринальні джерела містять саме таку назву) зв'язок є зв'язком генетичним, і причина сама по собі вже породжує наслідок. Умова – це явище, яке формує причину чи створює можливість її дії, і цей зв'язок з наслідком є зумовленим. Функціональний зв'язок явищ полягає в тому, що зміна в одному ряді явищ спричиняє зміни в іншому ряді явищ. Традиційно основними видами детермінант злочинності виділяються причини та умови. Розглядаючи основні причини та умови злочинності, слід мати на увазі, що вони пов'язані з багатьма соціальними явищами і процесами. Якщо неможливо визначити, який саме зв'язок існує між якимось явищем та злочинністю, найчастіше використовують категорію «криміногенні фактори». Криміногенні фактори – це родові поняття, яке включає в себе всі види криміногенної детермінації⁶.

Варто зазначити, що у структурі причинного комплексу загальної злочинності саме як соціально-правового явища можна диференціювати фактори злочинності залежно від сфери їх походження та функціонування. Саме такий розподіл детермінант злочинності дасть змогу виокремити ті їх групи, що найбільш істотно впливають на певну групу злочинності, у нашому випадку – на провокацію підкупу. Однак слід мати на увазі те, що у криминології класифікація факторів злочинності наразі все ще зберігає проблемний та дискусійний характер. Так, наприклад, О.М. Бандурка і Л.М. Давиденко у своїй роботі⁷ розподіляють усі причини та умови злочинності на такі групи факторів:

- фактори економічного характеру;
- фактори соціального характеру;
- фактори соціально-культурного характеру;
- фактори соціально-демографічного характеру;
- фактори соціального контролю над протиправною поведінкою населення.

Проаналізуємо, які саме фактори провокації підкупу мають місце в умовах сьогодення. Серед економічних детермінант варто виділити занепад економіки, а також розгортання економічної кризи. Варто зазначити, що за роки незалежності України в усіх галузях народного господарства спостерігався спад виробництва, також скорочувалися обсяги продукції, не оновлювалися основні фонди. Усе це відбувалося за умови того, що велика кількість підприємств потребували кредитів, позик, державних дотацій тощо. Тому їх керівництво повинно було шукати допомоги у міністерствах та відомствах задля отримання підтримки. У такому випадку виникає ситуація, що провокує вчинення корупційного кримінального правопорушення – провокації підку-

пу, адже чим більше звертань за допомогою до керівництва державної влади, тим більше ймовірність вчинення корупційних діянь, у тому числі – провокації підкупу. За цих обставин простежується певна закономірність: чим гірше працює народне господарство, чим гірші економічні показники, тим більш поширеною, усеосяжною стає корупція, охоплюючи все нові й нові сфери суспільства.

Варто додати, що дослідники економічної злочинності звертають увагу на те, що причинами й умовами цих злочинів виступають досить численні та різноманітні за своїм характером фактори. Так, наприклад, О.Г. Кальман, І.О. Христич та Ю.Г. Бойко на основі вивчення практики боротьби з економічною злочинністю на території Харківської області в 1992–1997 рр. дійшли висновку, що цей вид злочинності в Україні спричинено розбалансованістю економіки, спадом виробництва, інфляцією, різким зростанням соціально-економічної диференціації населення. Однак не всі дослідники причин злочинності у сфері господарської діяльності надають перевагу при детермінації економічної злочинності економічним факторам⁸. Звичайно, не можна прирівнювати економічну та корупційну злочинність. Але такі кримінальні правопорушення, як провокація підкупу, поза сумнівом, детермінуються тінізацією економіки та усіма наслідками цього процесу. Крім того, наявність таких процесів свідчить про скорочення бюджету державних виплат, що також негативно впливатиме на ситуацію із корупційною злочинністю, зокрема з провокацією підкупу.

Провокація підкупу, як власне і корупція, трапляється в будь-якій політичній та економічній системах та є складовою частиною механізму використання суспільства бюрократичними структурами. В умовах функціонування демократичних або авторитарних механізмів забезпечення нормальної життєдіяльності соціуму корупція виступає другорядним явищем, яке істотно не впливає на загальнодержавну ситуацію або стає більш-менш контрольованою. Проте за певних умов корупція може перетворюватися на структурно-творчий елемент політичного та громадського життя суспільства. Це можливо тоді, коли серед широких верств населення переважає нестримне користолюбство. Боротьбу з корупцією декларують держави практично всіх типів. Більше того, усі держави змушені тією чи іншою мірою боротися з нею. Така боротьба може полягати у створенні системи надійних правових та інституціональних гарантій суспільного і політичного контролю за діяльністю державних органів, різного роду організацій та окремих службових осіб, або ж може зводитися лише до вимушених заходів владних структур, спрямованих на відновлення елементарного порядку в суспільстві, перерозподіл сфер впливу між різними кланами панівної олігархії та формуваннями мафіозного типу тощо. Безпосереднім суб'єктом корупції як особливого роду суспільних відносин може виступати державний чиновник будь-якого рангу, політик чи функціонер громадської або інших організацій. Особами, які отримують вигоду від його дій, можуть бути: індивіди, вітчизняні чи зарубіжні фірми, політичні та громадські організації, спецслужби іноземних держав тощо.

Психологічні аспекти провокації підкупу можуть мати такі форми (види): зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень та інші службові злочини, що вчиняються для задоволення корисливих чи інших особистих інтересів або інтересів інших осіб; розкрадання державного, колективного або приватного майна з використанням службового становища; незаконне одержання матеріальних або інших благ, пільг та інших переваг; одержання кредитів, позичок, допомоги, придбання цінних паперів; нерухомості або іншого майна з використанням пільг чи переваг, не передбачених законодавством, або на які особа не має права: хабарництво; здійснення безпосередньо та через посередників або підставних осіб підприємницької діяльності з використанням влади чи службових повноважень, а також пов'язаних із ними можливостей: сприяння з використанням службового становища фізичним і юридичним особам у здійсненні ними підприємницької та іншої діяльності з метою незаконного одержання за це матеріальних або інших благ, пільг та інших переваг; неправомірне втручання з використанням службового становища у діяльність інших державних органів чи посадових осіб з метою перешкоджання виконанню ними своїх повноважень чи домагання прийняття неправомірного рішення; використання інформації, одержаної під час виконання службових обов'язків, у корисливих чи інших особистих інтересах, необґрунтована відмова в наданні відповідної інформації чи несвоєчасне її надання, або надання недостовірної чи неповної службової інформації: надання необґрунтованих переваг фізичним або юридичним особам шляхом підготовки і прийняття нормативно-правових актів чи управлінських рішень; протекція із корисливих або інших особистих інтересів у призначенні на посаду особи, яка за діловими і професійними якостями не має переваг перед іншими кандидатами⁹. Тобто провокація підкупу завжди має особливий підтекст – це є так звана «ймовірна вигода» певної службової особи при вчиненні цього злочину.

Крім того, говорячи про причини провокації підкупу, варто також сказати про причини корупції. Вона завжди створює серйозні проблеми для розвитку будь-якої держави світу. Корупція руйнує інститути влади і заважає ефективному управлінню державою, оскільки порушує узаконені процедури. Корупція на виборах і в законодавчих органах знижує відповідальність посадових осіб, корупція судової влади і правоохоронних органів скасовує принцип верховенства закону тощо. Проте найсуттєвіших збитків корупція завдає економіці країни. Посадові особи, приховуючи свої ділові відносини, можуть завищувати технічну складність проектів у суспільній сфері, що в подальшому призводить до перекручування справжньої картини інвестиційної діяльності. Корупція також погіршує ситуацію в галузі дотримання будівельних, екологічних та інших норм, знижує якість послуг, наданих державними органами, посилює бюджетний тиск на уряд. Ці перекручування сповільнюють економічне зростання держави¹⁰.

Ми вважаємо, що однією з найголовніших детермінант виникнення корупційних практик є деформація ціннісної складової свідомості людини. Так, відповідно до позиції О.Р. Ратінова, внутрішнім механізмом управління соціальної поведінки особи слугує її ціннісно-нормативна система, яка формується внаслідок інтеріоризації існуючих цінностей. Достатньо тривала практика соціальної поведінки з опорою на сприйняті цінності призводить до стереотипізації поведінки, яка лежить в основі механізму «правової інтуїції». Це, як

правило, звільняє особистість від необхідності постійного раціонального обґрунтування своїх дій у типових ситуаціях соціальної взаємодії. І лише в умовах конфлікту цінностей боротьба мотивів перетворюється на процес розумового аналізу й оцінки всіх «за» і «проти» кожного можливого варіанта поведінки, в результаті чого особа приймає рішення на користь одного з них¹¹.

Також на сьогодні надзвичайно важливими виступають політичні умови вчинення провокації підкупу. Це можуть бути:

– військовий конфлікт на території нашої країни є однією з найважливіших політичних умов цих злочинів. Звичайно, суспільство не може бути готовим до такої ситуації. І якщо раніше громадяни звикли отримувати усі державні послуги вчасно та без затримок, в умовах озброєного протистояння державним органам необхідно було скоротити перелік цих послуг та обмежити деякі умови їх надання. Це стало умовою вчинення аналізованого кримінального правопорушення – одразу виникли так звані «помічники» громадян, які за певну винагороду могли «обійти» ці обмеження;

– політична нестабільність державної влади, що проявляється у постійній зміні вектору розвитку суспільства та може формувати почуття невпевненості у середовищі чиновників та бізнесу. Ця умова також досить розповсюджена у сучасності та призводить до вчинення провокації підкупу;

– низький рівень політичної культури суспільства, що знаходить свій прояв, зокрема, в процесі виборів, коли відбувається купівля голосів виборців або використовується популізм як засіб досягнення політичної мети. Взагалі рівень політичної культури населення впливає не тільки на вчинення корупційних злочинів, і провокації підкупу, зокрема. Цей чинник впливає на громадянську свідомість як таку, як філософську категорію. Політична культура як сукупність соціально-психологічних настанов, цінностей та зразків поведінки певних верств населення впливає на вчинення усіх видів злочинів, і провокація підкупу не є виключенням;

– неспроможність громадянського суспільства здійснювати постійний контроль за діяльністю державних органів, органів місцевого самоврядування та посадових осіб.

Висновки. Поширеність провокації підкупу у повсякденному житті та її пристосованість до життєдіяльності населення, особливо в деяких сферах суспільного життя, стає в деяких випадках для людини нормою. Зміна видів та форм корупційних діянь інтегрується з урахуванням впливу задіяних наявних антикорупційних заходів, спрямованих на протидію цим явищам та їх обмеження. Отже, можна виділити такі групи безпосередніх причин та умов вчинення пропозиції підкупу:

– політико-правові (а саме: замкнутість системи управління, повільний розвиток цієї системи, відсутність системи моральних якостей, поверховість при проведенні антикорупційної політики);

– економіко-правові (тобто, несприятливий режим діяльності підприємств; відсутність прозорості економічних процесів тощо);

– юридично-правові (як приклад, це відсутність цілісної системи антикорупційних засобів, невизначеність відповідальності за корупційні діяння взагалі, формальний характер чинної системи декларування доходів державних службовців);

– організаційно-управлінські (це може бути відсутність чіткої регламентації діяльності посадових осіб, а також поширеність у кадровій політиці випадків заміщення посад через знайомих осіб);

– соціально-психологічні (насамперед це нерозвиненість громадянської свідомості, корислива спрямованість державних службовців, професійна та моральна деформація частини керівників, що виявляється у поблажливому ставленні до корупції).

¹ Кузнецова Н.Ф. Проблемы криминологической детерминации: монография / под ред. В.Н. Кудрявцева. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1984. 208 с.

² Бойко А.М. Детермінація економічної злочинності в Україні в умовах переходу до ринкової економіки (теоретико-криминологічне дослідження): монографія. Львів : ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. 380 с.

³ Нежурбіда С. Етіологія злочину : Теорії, аналіз, результат: монографія. Чернівці : Друк Арт, 2013. 432 с.

⁴ Головкін Б.М. Загальна характеристика детермінантів злочинності в Україні. *Форум права*. 2014. № 1. С. 106–111.

⁵ Головкін Б.М. Причинність у системі детермінації злочинності. *Теорія і практика правознавства*. 2014. Вип. 1 (5). С. 1–8.

⁶ Пивоваров В.В. Детермінаційні комплекси корпоративної злочинності. *Журнал східноєвропейського права*. 2015. № 20. С. 105–114.

⁷ Бандурка А.М., Давыденко Л.М. Преступность в Украине: причины и противодействие: монография Харьков: Гос. спец. изд-во «Основа», 2003. 368 с.

⁸ Шакун В.І. Влада і злочинність Київ: Пам'ять століть, 1997. 226 с.

⁹ Акімов О.О. Психологічні аспекти прояву корупції в державному управлінні. URL: <http://academy.gov.ua/ej>

¹⁰ Мірошник Ю.П. Корупція в Україні: погляд із-за кордону. *Південноукр. правн. часоп.* 2007. № 1. С. 12–15.

¹¹ Ратинов А.Р. Структура правосознания и некоторые методы его исследования. *Методология и методы социальной психологии* / под ред. Е.В. Шороховой. Москва: Наука, 1981. С. 201–214.

Резюме

Мирко Б.М. Сучасні детермінанти провокації підкупу.

У статті здійснено дослідження детермінаційного комплексу такого корупційного правопорушення, як провокація підкупу на сучасному етапі. Виділено групи безпосередніх причин та умов вчинення пропозиції підкупу: політико-правові; економіко-правові; юридично-правові; організаційно-управлінські; соціально-психологічні. Проаналізовано класифікації детермінант злочинів, що поділяють на причини та умови злочинності за такими критеріями: за механізмом дії (характером детермінації), за рівнем функціонування, змістом, природою, сутністю та іншими ознаками. Встановлено, що однією з найголовніших детермінант виникнення корупційних практик є деформація ціннісної складової свідомості людини.

Ключові слова: детермінанти, причини та умови злочинності, корупційне правопорушення, провокація підкупу, економічна злочинність, службова особа, службова діяльність, соціальна свідомість.

Резюме

Мирко Б.М. Современные детерминанты провокации подкупа.

В статье проведено исследование детерминационного комплекса такого коррупционного правонарушения, как провокация подкупа на современном этапе. Выделены группы непосредственных причин и условий совершения предложения подкупа: политико-правовые; экономико-правовые; юридически-правовые; организационно-управленческие; социально-психологические. Проанализированы классификации детерминант преступлений, которые разделяют на причины и условия преступности согласно таким критериям: по механизму действия (характеру детерминации), по уровню функционирования, содержанию, природе, сущности и другим признакам. Установлено, что одной из главных детерминант возникновения коррупционных практик является деформация ценностной составляющей сознания человека.

Ключевые слова: детерминанты, причины и условия преступности, коррупционное правонарушение, провокация подкупа, экономическая преступность, должностное лицо, служебная деятельность, социальное сознание.

Summary

Bohdan Myrko. Modern determinants of bribery provocation.

The article examines the deterministic complex of such a corruption offense as provocation of bribery at the present stage. There are groups of direct reasons and conditions for making a bribe offer: political and legal; economic and legal; legal; organizational and managerial; socio-psychological. The classifications of determinants of crimes are divided, which are divided into causes and conditions of crime according to the following criteria: mechanism of action (nature of determination), level of functioning, content, nature, essence and other features. It is established that one of the most important determinants of the emergence of corrupt practices is the deformation of the value component of human consciousness. It is determined that the prevalence of bribery provocation in everyday life and its adaptation to the life of the population, especially in some spheres of public life, becomes the norm for some people. Changing the types and forms of corruption is integrated taking into account the impact of existing anti-corruption measures aimed at counteracting these phenomena and limiting them. It is proved that the public danger of this crime is that it is one of the most common corruption offenses that affect the development of society as a whole, inhibiting effective mechanisms to overcome the crisis and create a steadfast position of intolerance to corruption among citizens. One of the most important tasks that will solve the problem of widespread corruption in society is to determine the deterministic complex of these crimes. Influence on determinants, on the reasons and conditions of provocation of bribery, will allow to reduce negative consequences both of these crimes, and corruption as such in general.

Key words: determinants, causes and conditions of crime, corruption offense, provocation of bribery, economic crime, official, official activity, social consciousness.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.81

УДК 343.6

А.В. РАДЗИВІЛЛ

*Алла Володимирівна Радзівілл, здобувач Київського університету права НАН України, помічник судді Верховного Суду**

ORCID: 0000-0002-4185-1843

ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДУ ТА РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ, В ЯКИХ КОНСТАТОВАНІ ПОРУШЕННЯ СТАТТІ 3 КОНВЕНЦІЇ

Постановка проблеми. Заборона катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання є абсолютною як у рамках договорів, так і звичаєвого міжнародного права. Вона входить в категорію норм *jus cogens*, які діють у будь-який час, будь то мирний час або ситуація озброєного конфлікту, що робить цей принцип таким, що не допускає відступів навіть у період надзвичайного стану. Такий загальноправовий характер є особливо важливим для тих держав, які в силу різних причин, наприклад, збереження смертної кари, не ратифікували Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1996 р.¹ або Конвенцію проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання², оскільки він накладає і на них міжнародний зобов'язання в цьому відношенні.

Держави несуть як позитивні, так і негативні правові зобов'язання у зв'язку з цим: позитивні зобов'язання полягають в тому, щоб докладати усіх розумних зусиль (наприклад, за допомогою законодавчих, судових і адміністративних заходів, а також навчання) для недопущення катувань з боку державних службовців і в деяких випадках також і з боку недержавних, а також для ефективного розслідування будь-яких заяв про застосування тортур і жорстокого поводження; а негативні зобов'язання держав полягають в тому, щоб самим утримуватися від дій, які можуть порушувати заборону катувань, тортур і жорстокого поводжен-

© А.В. Радзівілл, 2020

* *Alla Radzivil, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

ня. Незважаючи на абсолютний характер цього базового права людини, його порушення, проте, мають місце в Україні.

Прийняті в останні роки рішення українських судів, які містять посилення на ст. 3 Конвенції з прав людини і основоположних свобод (Конвенція)³ або у яких застосовано принципи, закладені у практиці Європейського суду з прав людини і громадянина (далі – ЄСПЛ), у тому числі щодо гарантій захисту від жорстокого поводження, демонструють глибокий та нерозривний зв'язок ст. 3 та ст. ст. 5 і 6 Конвенції. Стаття 3 Конвенції у безумовних формулюваннях забороняє катування, нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження та покарання (негідне поводження). Стаття 5 Конвенції гарантує право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом. Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним. Стаття 6 Конвенції гарантує право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

Мету даної статті становитиме дослідження кримінально-правової протидії катуванню в Україні у контексті європейських стандартів, реалізації приписів, які містяться у ст. 3 Конвенції, враховуючи при цьому постійне оновлення в правових позиціях ЄСПЛ і удосконалення кримінально-правової протидії катуванню в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ставлення до тортур і імперативна заборона катувань нерозривно пов'язані з розвитком цивілізації, поняттям цивілізованості, загальнолюдських цінностей. У світі нарешті досягнуто необхідного консенсусу в тому, що визнання рівних і невід'ємних прав всіх членів людської спільноти є основою свободи, справедливості й загального миру. Заборона катування сьогодні є однією з сучасних глобальних загальнолюдських проблем забезпечення прав людини, і вирішення її можливе лише спільними зусиллями держав та міжнародного співтовариства.

Так, міжнародними стандартами з прав людини проголошено й закріплено, що катування та інші жорстокі види поводження й покарання принижують гідність, властиву людській особі. Питання дослідження потенціалу норм міжнародного права щодо заборони катування та їх імплементації в українське законодавство здійснювали такі вчені, як М.І. Бажанов, Є.Ю. Захаров, К.В. Катеринчук, Є.А. Лукашева, В.Т. Маляренко, В.Ф. Опришко, М.В. Шугуров, проблеми кримінальної відповідальності за катування розробляла низка вітчизняних і зарубіжних науковців – І.Г. Богатирьов, Г.Ю. Гладких, В.О. Гацелюк, О.М. Ігнатів, В.Я. Ільницький, Л.В. Левицька, О.А. Мартиненко, Ю.О. Поліщук, Р.М. Римарчук, А.В. Савченко, М.І. Хавронюк, Р.С. Чобанян, О.Н. Ярмиш та інші, проте комплексне вивчення цього злочину з позиції порівняльно-правового пізнання, можливості застосування процедури імплементації норм міжнародного права щодо заборони катування в національне законодавство не проводилось, тому ця тема є вкрай актуальною та важливою. Абсолютна заборона катування є імперативною нормою міжнародного права і, як постійно підкреслює у своїй практиці ЄСПЛ – «відображає одну з фундаментальних цінностей демократичного суспільства»⁴.

Виклад основного матеріалу. Аналізуючи застосування практики ЄСПЛ Верховним Судом при розгляді кримінальних проваджень, слід зазначити, що Касаційний суд у своїх рішеннях все частіше посиляється на рішення ЄСПЛ, беручи за взірць ті висновки, які були зроблені на підставі ґрунтовного аналізу відповідних положень. Адаже не можна стояти осторонь рішень ЄСПЛ, у яких встановлені порушення Конвенції.

Так, зокрема, колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду 5 березня 2019 р. (справа № 11/790/2/17, провадження № 51-2346 км18)⁵, розглянувши у відкритому судовому засіданні касаційну скаргу ОСОБА_1 на вирок Корольовського районного суду м. Житомира від 2 вересня 2014 р. та ухвалу Апеляційного суду Вінницької області від 14 квітня 2016 р., яким особу засуджено до довічного позбавлення волі з конфіскацією майна за вчинення злочинів, передбачених ч. 5 ст. 27, п. 11 ч. 2 ст. 115 КК, встановила, що у касаційній скарзі та доповненнях до неї засуджений, серед іншого, зазначав про застосування до нього незаконних методів слідства, незаконність адміністративного арешту під час розслідування даної кримінальної справи. Кримінальна справа щодо ОСОБА_1 розглядалась у порядку, передбаченому Кримінально-процесуальним кодексом України 1960 р.⁶ Так, у своїй ухвалі Верховний Суд, проаналізувавши доводи касаційних скарг, дійшов наступних висновків. Згідно зі ст. 377 КПК 1960 р. в ухвалі суду апеляційної інстанції зазначається, зокрема, суть апеляції, аналіз доказів, досліджених під час повного або часткового судового слідства, проведеного цим судом, та докладні мотиви прийнятого рішення. При залишенні апеляції без задоволення в ухвалі апеляційного суду мають бути зазначені підстави, з яких апеляцію визнано необґрунтованою. Тобто в ухвалі слід проаналізувати всі доводи, зазначені в апеляції, зіставити їх із наявними у справі доказами і дати на кожен із них вичерпну відповідь. Однак суд апеляційної інстанції при розгляді кримінальної справи щодо ОСОБА_1 цих вимог кримінально-процесуального закону не дотримався.

Як вбачається з матеріалів справи, не погоджуючись із постановленим вирокі місцевого суду, засуджений, захисник та прокурор подали апеляційні скарги. Вони наголошували на тому, що суд першої інстанції не взяв до уваги, що до ОСОБА_1 застосовувались незаконні методи слідства, а з'явлення із зізнанням було написано внаслідок фізичного та психічного насильства з боку працівників правоохоронних органів. Проте апеляційний суд, залишаючи скарги засудженого ОСОБА_1 та захисника ОСОБА_8 без задоволення, належним чином не перевіряв усіх викладених у цих скаргах доводів і не дав на них обґрунтованих відповідей, обмежившись загальними формулюваннями про доведеність винуватості ОСОБА_1 у вчиненні злочину, за який його засуджено, з достатньою повнотою не перевіряв доводів апеляцій, які стосувались застосування незаконних методів слідства.

Згідно з практикою ЄСПЛ та ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від органів влади вимагається проведення ефективного офіційного розслідування за наявності твердження про жорстоке поводження (рішення у справах «Денис Васильєв проти Росії» від 17 грудня 2009 р., «Бісер Костов проти Болгарії» від 10 січня 2012 р.⁷ та «Скорородов проти України» від 14 листопада 2013 р.⁸). Проведене розслідування фактів жорстокого поводження має привести до встановлення винних осіб та їх покарання.

У справі «Кобець проти України» від 14 лютого 2008 р.⁹ Європейський Суд вкотре підкреслив, що «розслідування за небезпідставними твердженнями про неналежне поводження має бути ретельним та ефективним. Це означає, що органи влади мають намагатися встановити обставини події та не покладатися на поспішні або безпідставні висновки для закінчення розслідування або обґрунтування своїх рішень».

У справі «Тарасов проти України» від 31 жовтня 2013 р.¹⁰ зазначено, що медичний огляд разом із правом доступу до адвоката та правом повідомити третій стороні про затримання є основоположними запобіжними механізмами проти жорстокого поводження із затриманими особами і повинні застосовуватись із самого початку позбавлення свободи незалежно від правового режиму такого затримання у правовій системі, про яку йдеться. На державу покладається обов'язок надати правдоподібне пояснення щодо причин виникнення ушкоджень, і якщо цього не буде зроблено, це свідчитиме про наявність порушень ст. 3 Конвенції.

Правова позиція ЄСПЛ, викладена в рішеннях у справах «Яременко проти України» (п. 57 рішення від 12 червня 2008 р.)¹¹, «Вергельський проти України» (п. 97 рішення від 12 березня 2009 р.)¹², «Захаркін проти України» (рішення від 24 червня 2010 р.)¹³, «Нечипорук і Йонкало проти України» (рішення від 21 квітня 2011 р.)¹⁴, за якими розслідування за скаргами заявника про погане поводження є неефективним у зв'язку з нехтуванням твердження заявника щодо незабезпечення безсторонності та ретельності розгляду його скарг.

Згідно з практикою ЄСПЛ допустимість як доказів свідчень, отриманих за допомогою катувань, з метою встановлення відповідних фактів у кримінальному провадженні, зводить нанівець саму суть права обвинуваченого не свідчити проти себе та призводить до несправедливості кримінального провадження в цілому.

У даній кримінальній справі поза увагою суду апеляційної інстанції залишилось те, що перевірка доводів ОСОБА_1 щодо незаконних методів ведення слідства має суттєве значення для вирішення питання доведеності вини засудженого, і формальний підхід до перевірки таких тверджень є неприпустимим.

Тобто у даному випадку Верховний Суд констатує, що суд апеляційної інстанції належним чином не перевіряв доводи апеляційних скарг обвинуваченого та його захисника, не навів на їх спростування обґрунтованих мотивів. Зокрема, апеляційним судом не перевірено, що адміністративне затримання могло відбуватися фактично для забезпечення можливості допиту ОСОБА_1 в якості підозрюваного у кримінальній справі, що може становити свавільне позбавлення волі і в такому випадку може свідчити про порушення п. 1 ст. 5 Конвенції. Про аналогічні обставини зазначено в рішеннях ЄСПЛ «Квашко проти України» від 26 вересня 2013 р.¹⁵ та «Рудніченко проти України» від 11 липня 2013 р.¹⁶

Проаналізувавши вищенаведене та зіставивши це з доводами, викладеними у касаційній скарзі засудженого до довічного позбавлення волі ОСОБА_1, Верховний Суд дійшов висновку, що апеляційним судом не було перевірено обставини адміністративного затримання ОСОБА_1 та проведення у цей час з ним будь-яких слідчих дій. Апеляційним судом не було надано оцінки допустимості доказів, які були здобуті під час адміністративного затримання, не перевірено той факт, що затримання ОСОБА_1 могло бути використано для забезпечення перебування його під вартою, як підозрюваного у кримінальній справі, а також чи забезпечувався він при цьому процесуальними правами. Оскільки ЄСПЛ у своїй практиці неодноразово звертав увагу на неприпустимість адміністративного арешту заявника як засобу перебування підозрюваного у кримінальній справі в розпорядженні слідчих органів. Зокрема, у справі «Доронін проти України»¹⁷ зазначено, що адміністративний арешт заявника у цій справі було використано для того, щоб забезпечити його перебування як підозрюваного в кримінальній справі в розпорядженні слідчих органів, не забезпечуючи при цьому його процесуальних прав як підозрюваного, зокрема, його права на захист. І лише після закінчення п'ятиденного адміністративного арешту у цьому провадженні було вирішено питання про взяття його під варту як підозрюваного в кримінальній справі згідно з положеннями Кримінально-процесуального кодексу 1960 р. Крім того, факти цієї справи свідчать про те, що під час адміністративного арешту із заявником поводились як з підозрюваним у кримінальній справі і слідчий допитував його стосовно справи про вбивство. Суд зазначає, що, хоча адміністративний арешт було застосовано до заявника на підставі іншого національного закону, не було видимих ознак зміни статусу заявника ані до, ані під час, ані після його адміністративного арешту. Отже, суд доходить висновку, що адміністративний арешт заявника був фактично частиною тривалішого безперервного періоду тримання заявника під вартою як підозрюваного в кримінальній справі про вбивство. На думку суду, зазначені дії слідчих органів несумісні з принципом юридичної визначеності, є свавільними і суперечать принципу верховенства права.

У справі «Нечипорук і Йонкало проти України» ЄСПЛ також вказав, що насправді адміністративне затримання заявника було частиною тримання його під вартою як підозрюваного у кримінальній справі про вбивство, але без забезпечення його процесуальних прав як підозрюваного, зокрема, його права на захист. Суд наголошує на тому, що формально застосувачи до заявника адміністративне затримання, а фактично поводяться з ним як з підозрюваним у вчиненні злочину, міліція позбавила його доступу до захисника, участь якого була б обов'язковою за законодавством України, якби заявник обвинувачувався у вбивстві, вчиненому групою осіб та/або з корисливих мотивів, тобто злочині, у зв'язку з яким його фактично допитували.

У справі «Душка проти України»¹⁸ ЄСПЛ зазначив, що той факт, що заявник вперше зізнався у вчиненні пограбування під час адміністративного арешту за обставин, в яких процесуальні гарантії, такі як доступ до захисника, були відсутніми, та відмовився від своїх визнавальних показів після звільнення, вказує на те, що

ці визнавальні покази могли бути недобровільними. Це, у поєднанні з неоднозначними обставинами затримання заявника та незаконністю його адміністративного арешту, дає підстави для виникнення серйозної підозри, незважаючи на те, вдавались працівники міліції до фізичного насильства чи ні, затримання заявника та поміщення його під варту було засобом подолання його морального опору і, використовуючи його вразливий емоційний стан, працівники міліції отримали від нього визнавальні показання.

У зв'язку з цим ЄСПЛ констатував, що така практика суперечить ст. 3 Конвенції (*mutatis mutandis*, рішення у справах «Яллох проти Німеччини»¹⁹ (*Jalloh v. Germany*), та рішення у справі «Гефген проти Німеччини» (*Gafgen v. Germany*)²⁰, становить нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження. Та у світлі вищенаведеного дійшов висновок, що було порушення ст. 3 Конвенції у зв'язку з жорстоким поводженням із заявником під час його адміністративного арешту.

Отже, проаналізувавши вищенаведене, вивчивши доводи касаційної скарги, Верховний Суд дійшов обґрунтованого висновку, що апеляційний суд формально розглянув справу щодо ОСОБА_1, чим порушив гарантоване право на об'єктивний, неупереджений розгляд справи в апеляційному суді. Крім того, апеляційний суд не надав належну оцінку факту адміністративного затримання ОСОБА_1 під час досудового розслідування даної кримінальної справи. Вказані порушення вимог КПК на підставі ч. 1 ст. 377 КПК 1960 р. були визнані істотними і такими, що перешкодили суду повно і всебічно розглянути справу та постановити законне, обґрунтоване й справедливе рішення. Враховуючи наведене, Верховний Суд постановив: задовольнити касаційну скаргу засудженого, ухвалу Апеляційного суду Вінницької області від 14 квітня 2016 р. щодо ОСОБА_1 скасувати, направити справу на новий апеляційний розгляд.

Висновок. ЄСПЛ наголосив, що на державу покладено обов'язок щодо забезпечення кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, дотримання прав і свобод, гарантованих Конвенцією. Стаття 3 Конвенції вимагає здійснення ефективного офіційного розслідування жорстокого поводження, особливо якщо воно здійснювалося під час досудового розслідування кримінального провадження.

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що фундаментальний характер та важливість права на захист, гарантованого ст. 6 Конвенції, зумовив вироблення Європейським судом з прав людини ustalenoї практики щодо поширення гарантій цієї статті не тільки на судове провадження, а й на досудове розслідування, оскільки саме на цьому етапі особа є найбільш вразливою. Порушення права особи на захист на стадії досудового розслідування може призвести до наслідків, які не завжди можуть бути виправлені під час судового провадження, що зумовить несправедливість національного провадження в цілому.

Отже, заборона катувань є абсолютною за своїм характером і не підлягає жодним обмеженням чи виняткам.

¹ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. *Міжнародні договори України*. Київ, 1992.

² Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, ратифікована Україною 26.01.1986 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_085

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : з поправками, внесен. відповідно до положень Протоколів №№ 11 та 14 з Протоколами №№ 1, 4, 6, 7, 12 та 13. *Право України*. 2010. № 10. С. 215–233.

⁴ Ахтирська Н.М., Касько В.В., Маланчук Б.А., Мелікян А., Пошва Б.М., Фулей Т.І., Шукліна Н.Г. Застосування в Україні європейських стандартів протидії жорстокому поводженню і безкарності: наук.-практ. посіб. для суддів / за заг. ред. проф. Маляренка В.Т. Київ: К.І.С., 2011. 9 с.

⁵ URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80427423>

⁶ Кримінально-процесуальний кодекс України. *Юридична енциклопедія* : у 6 т. / ред. кол. Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3 : К–М. 792 с.

⁷ «Бісер Костов проти Болгарії» від 10 січня 2012 р. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=629>

⁸ «Скороходов проти України» від 14 листопада 2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_983

⁹ «Кобець проти України» від 14 лютого 2008 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_320

¹⁰ «Тарасов проти України» від 31 жовтня 2013 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO000624>

¹¹ «Яременко проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405

¹² «Вергельський проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_460

¹³ «Захаркін проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_817

¹⁴ «Нечипорук і Йонкало проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683

¹⁵ «Квашко проти України». URL: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/SO000598.html

¹⁶ «Рудніченко проти України». URL: <https://mvs.gov.ua/ua/pages/vropeyskiy-sud-z-prav-lyudini-sprava-Rudnichenko-proti-Ukraini-case-of-Rudnichenko-v-Ukraine-zayava-277507.htm>

¹⁷ «Доронін проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_663

¹⁸ «Душка проти України». URL: https://protocol.ua/ru/stattya_3_zaborona_katuvannya_dushka_proti_ukrayini

¹⁹ «Яллох проти Німеччини». URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-125204%22%7D>

²⁰ «Гефген проти Німеччини». URL: <https://policehumanrightsresources.org/gafgen-v-germany-application-no-22978-05>

Резюме

Радзівіл А.В. Практика Верховного Суду та рішення Європейського суду, в яких констатовані порушення статті 3 Конвенції.

Стаття присвячена дослідженню окремих правових позицій Верховного Суду, узгодження їх з практикою Європейського суду з прав людини. Автор робить акцент на тому, що рішення Європейського суду мають виконувати роль прецедентів, що зробить неможливим появу діаметрально протилежних рішень з дуже схожих справ. Аналіз проблеми кримінальної відповідальності за катування дає змогу сформулювати такі висновки та пропозиції, які мають значення для розвитку теорії кримінального права й удосконалення правозастосовної практики.

Ключові слова: катування, європейські стандарти, злочини, протидія катуванню, захист прав людини, Верховний Суд.

Резюме

Радзивилл А.В. Практика Верховного Суда и решения Европейского суда, в которых констатированы нарушения статьи 3 Конвенции.

Статья посвящена исследованию отдельных правовых позиций Верховного Суда, согласование их с практикой Европейского суда по правам человека. Автор делает акцент на том, что решения Европейского суда должны выполнять роль прецедентов, что сделает невозможным появление диаметрально противоположных решений по похожим категориям дел. Анализ проблемы уголовной ответственности за пытки позволяет сформировать выводы и предложения, имеющие значение для развития теории уголовного права и совершенствования правоприменительной практики.

Ключевые слова: пытки, европейские стандарты, преступления, противодействие пыткам, защита прав человека, Верховный Суд.

Summary

Alla Radzivil. The practice of the Supreme Court and the decisions of the European Court concluding violations of article 3 of the Convention.

Law enforcement practice of the Supreme Court in cases involving torture in the light of the standards of the European Court of Human Rights. The article is devoted to the study of individual legal positions of the Supreme Court, their coordination with the practice of the European Court of Human Rights. The author emphasizes that the decisions of the European Court should serve as precedents, which will make it impossible to produce diametrically opposite decisions on similar categories of cases. Analysis of the problem of criminal responsibility for torture allows us to form conclusions and suggestions that are important for the development of the theory of criminal law and the improvement of law enforcement practice.

The article deals with the issues related to the peculiarities of the interpretation and application of Article 3 of the European Convention on Human Rights of the European Court of Human Rights. In particular, the scope of Article 3 has been analyzed; it has been defined, what is necessary to understand under concepts of torture, inhuman or degrading treatment or punishment. Substantive and procedural aspects of violations of the prohibition of torture have been revealed, as well as positive and negative obligations of a state to provide the effective protection of the right. The standards of the appropriate assessment of ill-treatment and the main aspects of judicial qualification of a particular form of mistreatment as torture have been analyzed. The procedural guarantees, which must be provided for each person at the stage of pre-trial investigation, non-observance of which leads to a breach of Article 3 of the Convention, have been determined.

Creation of the effective system of protection of human rights and its efficiency is analysed in relation to the crime of "torture" in the context of European Convention on human rights, which must be in future stored and taken for basis for a further improvement and systematization of the single European standards in area of human rights.

Key words: torture, European standards, crimes, anti-torture, protection of human rights, Supreme Court.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.82

УДК 343.36

К.В. ЮСУБОВ

*Костянтин Володимирович Юсубов, аспірант
Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0001-8209-2006

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ПОРЯДКУ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Постановка проблеми. Велике значення для вдосконалення правових норм, які регулюють відповідальність за злочини, що посягають на порядок виконання судових рішень, має вивчення зарубіжного досвіду. Таке вивчення не лише дає можливість здійснити оцінку стану національного кримінального законодавства, а й визначити зразки для його вдосконалення.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Доцільно зазначити, що зарубіжний досвід регулювання кримінальної відповідальності за порушення порядку виконання судових рішень неодноразово становив предмет досліджень науковців. Так, В.В. Налуцишин здійснив дослідження кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення за законодавством держав ЄС¹. Предметом дослідження Г.І. Богонюк та М.О. Букач була законодавча регламентація кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення за законодавством держав колишнього СРСР та держав Західної Європи². О.В. Бринзанська, Ю.В. Орел, В.О. Савченко, О.В. Чорна, С.О. Яценко здійснювали дослідження зарубіжного досвіду кримінальної відповідальності за окремі злочини, які посягають на порядок виконання обвинувального вироку, ухваленого у кримінальному провадженні³. О.І. Заліско, М.І. Хавронюк та М.В. Шепітько розглядали зарубіжний досвід регулювання кримінальної відповідальності за злочини, що посягають на порядок виконання судового рішення, в контексті злочинів проти правосуддя⁴.

Формулювання мети статті. З огляду на викладене метою цієї статті є здійснення характеристики зарубіжного досвіду регулювання кримінальної відповідальності за злочини, що посягають на порядок виконання судового рішення.

© К.В. Юсубов, 2020

* *Kostiantyn Yusubov, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

Виклад основного матеріалу. 16 вересня 2014 р. Верховною Радою України було ратифіковано Угоду про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, розділ III якої «Юстиція, свобода та безпека» визначає напрями взаємодії у відповідних сферах. Метою співробітництва, серед іншого, є утвердження верховенства права та зміцнення відповідних інституцій, зокрема у сфері правоохоронної діяльності та правосуддя, в тому числі покращення її ефективності⁵. Тому розгляд зарубіжного досвіду регулювання кримінальної відповідальності за порушення порядку виконання судових рішень за законодавством зарубіжних країн доцільно розпочати із кримінального законодавства держав – членів ЄС.

Невиконання судового рішення. Як зауважив В.В. Налуцишин, посягання на невиконання судового рішення є типовим для законодавства держав ЄС. Зокрема, кримінальна відповідальність за невиконання рішення суду встановлено у переважній більшості держав-членів ЄС. При цьому у низці країн відповідальність за невиконання рішення суду як органу судової влади не відмежовується від відповідальності за невиконання рішень органів інших гілок влади. Так, у ст. 337 КК Чеської Республіки викладено норму «Перешкодження правосуддю та перешкодження винесенню вироку», що передбачає кримінальну відповідальність особи, яка перешкоджає виконанню рішення суду чи іншого державного органу⁶.

Також ст. 254 глави 5 «Про зловживання владою» розділу IV «Про злочини і проступки проти громадського порядку, скоєних особами, що здійснюють публічні функції, або служителями культів, які виконують їх службові обов'язки» книги II КК Королівства Бельгія містить норму, яка передбачає кримінальну відповідальність за протиправні дії проти судової ухвали або наказу, а також проти будь-якого розпорядження, що його видає орган влади. Стаття 195 КК Королівства Нідерланди, викладена у розділі VIII «Злочини проти державної влади» КК Нідерландів, передбачає відповідальність за користування особою нею правами, яких її позбавлено на підставі рішення суду. У КК Королівства Данія не передбачено кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення, а у § 148 глави 16 «Злочини, скоєні під час здійснення державної функції» закріплено кримінальну відповідальність особи за невиконання передбаченої законом процедури щодо розгляду справи або виконання відповідних юридичних актів. На нашу думку, невиконання норм про кримінальну відповідальність за невиконання рішення суду від відповідальності з невиконання рішень інших гілок влади свідчить не про наявність недоліків правового регулювання, а існування певної правової традиції, оскільки закріплення кримінальної відповідальності за певне діяння в окремій статті не є свідченням ефективності її застосування.

Проте у кримінальних законах значної частини держав, які є членами ЄС, відповідальність за таке діяння, як невиконання рішення суду як за злочин проти правосуддя, сформульовано у виді окремої загальної норми.

У ст. 388 Кримінального кодексу Італійської Республіки «Умисне невиконання рішення судді» закріплено відповідальність за невиконання судових рішень – вироку у кримінальній справі та рішення суду у цивільній справі. У ст. 244 КК Республіки Польща закріплено кримінальну відповідальність за невиконання судової заборони або невиконання розпорядження суду⁷. У ст. 296 КК Латвійської Республіки передбачено відповідальність за умисне невиконання чи перешкодження виконанню вироку або рішення суду⁸.

У ст. 176-2 КК Естонської Республіки встановлено кримінальну відповідальність за умисне невиконання зверненого до виконання вироку або рішення суду, за відсутністю ознак інших злочинів, а саме, ухилення від сплати аліментів дітям або батькам, порушення заборони на здійснення підприємницької діяльності чи заборони працювати за певною спеціальністю чи займати певну посаду та ухилення від відбування покарання у виді позбавлення волі, відповідальність за вчинення яких передбачено окремими статтями кримінального закону⁹.

У ряді країн відповідальність за невиконання рішення суду викладено у виді декількох норм, які передбачають відповідальність за невиконання судового рішення певного виду. Стаття 314-7 КК Французької Республіки передбачає відповідальність за ухилення від виконання вироку майнового характеру, винесеного судом у кримінальних справах, або рішення, винесеного судом у цивільних справах про делікти, квазиделікти або аліменти, а ст. 434-39 КК Франції – за протиправні діяння, пов'язані з невиконанням обвинувального вироку суду¹⁰.

Стаття 288 КК Угорщини передбачає відповідальність за перешкодження судовому правозастосуванню. Зокрема, за зазначеною статтю кримінальній відповідальності підлягає та особа, яка будучи оштрафованою за неповагу під час судового примусового виконання не сплатила штрафу або не виконує покладені на неї обов'язки. При цьому особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо сплатить штраф або виконає покладені на неї обов'язки до направлення до суду обвинувального акта¹¹.

Стаття 287 КК Румунії встановлює відповідальність за невиконання судових постанов як службовою особою, так і приватною особою, а саме за:

а) протидію виконанню шляхом опору; б) відмову службової особи у виконанні судового рішення, вчиненні необхідного для виконання конкретного діяння; в) відмову у виконанні рішення виконавчим органом; г) відмову у виконанні судового рішення про поновлення працівника на роботі; д) невиконання судового рішення про стягнення заробітної плати; е) невиконання рішення суду, які встановлюють виплату, оновлення та перерахунок пенсій; є) перешкодження у виконанні рішення про користування будівлею; ж) невиконання судового рішення про застосування захисних заходів на підставі європейського наказу про захист¹².

Що стосується такого діяння, як незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК), то в окремих кримінальних законах держав (Данії, Бельгії, Іспанії, Швейцарії) правова норма, яка б регламентувала відповідальність за незаконні дії щодо майна, яке піддане опису або арешту чи підлягає конфіскації, взагалі відсутня¹³. У кримінальних законах інших країн, у яких не закріплено ознаки невиконання рішення суду у виді загальної норми, в окремій

статті кримінального закону передбачено відповідальність невиконання судового рішення певного виду, в тому числі за незаконні дії з майном, на яке накладено обтяження або яке підлягає конфіскації або вилученню на підставі рішення суду. Зокрема, КК ФРН не містить загальної норми про відповідальність за невиконання рішення суду, проте у § 288 КК ФРН закріплено норму про відповідальність за перешкодження примусовому виконавчому провадженню, а саме перешкодження задоволенню вимог кредитора шляхом відчуження частини свого майна чи унеможливлення доступу до нього в процесі примусового виконання виконавчого провадження¹⁴.

Також КК Австрійської Республіки не передбачає кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення, але у § 271 передбачено кримінальну відповідальність за порушення умов арешту майна, яке підлягає конфіскації. Доцільно звернути увагу на те, що ч. 3 § 271 КК Австрії закріплено підставу для звільнення від кримінальної відповідальності за незаконні дії щодо арештованого майна, яке підлягає конфіскації, якщо особа добровільно повернула майно до початку кримінального переслідування.

Проте у кримінальних законах європейських держав передбачено як відповідальність за невиконання судового рішення, та і за незаконні дії з майном, на яке накладено арешт або яке підлягає конфіскації. Зокрема, у ст. 245 КК Литовської Республіки передбачено кримінальну відповідальність за невиконання судового рішення, не пов'язаного з покаранням, а у ст. 246 – відповідальність за розтрату або приховання майна, яке піддано опису, арешту або стосовно якого застосовано тимчасове обмеження права власності.

Таким чином, можна дійти висновку про наявність альтернативних моделей закріплення у кримінальних законах європейських держав норм про відповідальність за невиконання судового рішення, передусім обумовлених національними особливостями кримінального законодавства, зокрема, відокремленням, або навпаки, невідокремленням правосуддя як окремого об'єкта правової охорони. З огляду на це в окремих країнах невиконання судового рішення охоплюються ознаками тих злочинів, які полягають у невиконанні активів органу влади. Крім цього, норми про кримінальну відповідальність за невиконання рішення суду можуть бути викладені як у виді однієї статті (загальна норма), так і у виді декількох норм, які передбачають відповідальність за невиконання судового рішення певного виду. Також значній частині кримінальних законів європейських держав у відповідній статті кримінального закону, що передбачає відповідальність за невиконання судового рішення, зазначене діяння лише названо, тоді як формулювання норми у виді описової диспозиції є винятком. Також кримінальні закони окремих держав передбачають можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення, в тому числі в частині дій з майном, яке перебуває під арештом або підлягає конфіскації, в разі добровільного виконання судового рішення.

Що стосується злочинів, які посягають на порядок виконання судових рішень у кримінальному провадженні за результатами якого особи призначено покарання, не пов'язане з позбавленням свободи, то передусім потрібно звернути увагу на те, що до визначення правових наслідків ухилення від покарань, не пов'язаних із позбавленням свободи, у законодавствах різних держав мають місце різні підходи. Так, В.О. Савченко виділяє три підходи: 1) відповідальність за такі діяння передбачається виключно в статтях Особливої частини Кримінальних кодексів (КК Польщі); 2) заміна покарання на більш тяжке (кримінальні закони Королівства Бельгія, Королівства Данія, Королівства Швеція, Італійської Республіки, Латвійської Республіки, Австрійської Республіки, ФРН); 3) ухилення одночасно є і підставою заміни покарання, і окремим складом злочину (кримінальне законодавство Естонської Республіки, Королівства Іспанія, Королівства Нідерландів, Королівства Норвегія, Литовської Республіки, Аргентинської Республіки, Французької Республіки, Швейцарської Конфедерації)¹⁵.

Також у кримінальних законах окремих держав відсутня диференціація між кримінальною відповідальністю за ухилення від виконання вироку від покарань різних видів. Зокрема, ст. 167-2 КК Естонії передбачає загальну норму щодо правових наслідків ухилення від виконання судового рішення в тому числі і вироку, яким особі призначено покарання незалежно від його виду. При цьому правові наслідки ухилення від покарання, пов'язаного із позбавленням особи свободи, визначені Пенітенціарним кодексом, який передбачає відповідальність за ухилення від покарання засудженим, якому було дозволено на певний термін залишити місце відбування покарання.

Що стосується кримінальної відповідальності за умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості (ст. 389-1 КК) та злісне ухилення особи від відбування адміністративного стягнення у виді суспільно корисних робіт (ст. 389-2 КК), у тому контексті, вони закріплені в КК України, подібні норми відсутні у законодавстві європейських держав.

Щодо стосується кримінальної відповідальності за порушення порядку виконання обвинувального вироку суду, яким особу засуджено до покарання, пов'язаного з позбавленням свободи, то доцільно звернути увагу на те, що у кримінальних законах переважної більшості держав ЄС відсутнє розмежування покарань у виді позбавлення волі, арешту та обмеження волі: арешт і обмеження волі охоплюються покаранням у виді позбавлення волі, яке засуджені відбувають у різних за режимом покарання та ступенем відкритості установах кримінально-виконавчої системи.

Практично усі кримінальні закони держав ЄС встановлюють відповідальність за втечу з місця відбування покарання та за неповернення до установи, у якій виконується вирок у разі надання засудженому дозволу на її тимчасове залишення. Наприклад, ст. 242 та §§ 1, 2, 3, 4 ст. 243 КК Польщі встановлює відповідальність за втечу законно засудженої особи з місця позбавлення свободи та сприяння втечі, а також за неповернення особи, якій надано дозвіл тимчасового залишення місця відбування покарання або попереднього ув'язнення, без поважної причини в триденний термін після спливу встановленого строку.

КК Болгарії передбачає відповідальність за втечу з місця позбавлення волі, замах та готування до втечі, самовільне залишення місця обов'язкового поселення, а також за такі діяння, як незаконне звільнення засуд-

женого або створення умов для його втечі, суб'єктом яких є виключно службові особи пенітенціарної установи. Водночас положення кримінальних законів окремих держав щодо втечі засудженого з місця позбавлення свободи характеризуються деякими особливостями. У ст. 12 глави 4/3 КК Швеції передбачено кримінальну відповідальність не самого засудженого за втечу з місця відбування покарання, лише тієї особи, що організувала таку втечу або перехувувала втікача, який за здійснення втечі підлягає лише дисциплінарній відповідальності¹⁶. У КК Австрійської Республіки встановлено відповідальність виключно за підбурювання до втечі та надання допомоги втікачеві.

З викладеного вбачається, що в ряді держав – членів ЄС закріплено кримінальну відповідальність лише за кваліфікований вид втечі з місця позбавлення свободи, а також відповідальність особи, яка організувала таку втечу, у той час як особа, яка вчинила втечу, притягується до дисциплінарної, а не до кримінальної відповідальності. На думку О.В. Бринзанської, це зумовлено тим, що правова ментальність західноєвропейських країн характеризується визнанням свободи особистості як однієї з найбільших цінностей¹⁷. Проте значна частина країн ЄС передбачає кримінальну відповідальність за втечу з місця позбавлення свободи без жодних інших кваліфікуючих ознак, що можна пояснити значною суспільною небезпечністю злочину.

Висновки. Таким чином, до особливостей регулювання кримінальної відповідальності за злочини проти порядку виконання обвинувального вироку суду, яким особу засуджено до покарання, пов'язаного з обмеженням свободи у державах ЄС, належать: 1) кваліфікація пособництва втечі з місця позбавлення волі як окремого злочину; 2) встановлення кримінальної відповідальності лише за кваліфікований вид втечі з місця позбавлення свободи; 3) закріплення кримінальної відповідальності особи, яка організувала втечу з місця позбавлення свободи з одночасним притягненням особи, яка вчинила втечу, притягується до дисциплінарної, а не до кримінальної відповідальності; 4) встановлення кримінальної відповідальності за незаконні звільнення з місця позбавлення волі та пом'якшення режиму відбування покарання, а також застосування більш тяжких видів покарань щодо суб'єктів злочинів проти кримінально-виконавчої системи, що є службовими особами пенітенціарних установ.

¹ Налуцишин В.В. Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення за законодавством України та держав ЄС: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2019. 219 с.

² Букач М.О. Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017. 18 с.

³ Чорна О.В. Кримінальна відповідальність за невиконання рішення суду у кримінальному провадженні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Дніпро, 2019. 27 с.

⁴ Шепітько М.В. Поняття та види злочинів проти правосуддя за законодавством зарубіжних країн. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 2. С. 157–165.

⁵ Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws> (дата звернення: 24.03.2020).

⁶ Кримінальний кодекс Республіки Чехія. URL: <http://www.legislationline.org/download> (дата звернення: 24.03.2020).

⁷ Станіч В.С. Кримінальний кодекс Республіки Польща / під ред. В.Л. Менчинського; пер. укр. на мову В.С. Станіч. Київ, 2016. 138 с.

⁸ Кримінальний кодекс Латвійської Республіки. URL: <http://www.law.edu.ru/norm/norm>. (дата звернення: 24.03.2020).

⁹ Налуцишин В.В. Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення за законодавством Латвії, Литви та Естонії. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. Вип. № 2. С. 296–301 (Серія «Юридична»).

¹⁰ Кримінальний кодекс Французької Республіки / Станіч В.С.; під ред. В.Л. Менчинського; пер. на укр. К.І. Мазуренко. Київ. ОВК, 2017. 348 с.

¹¹ Кримінальний кодекс Республіки Угорщина. URL: <http://www.legislationline.org/download> (дата звернення: 23.03.2020).

¹² Кримінальний кодекс Республіки Румунія. URL: <http://www.legislationline.org/documents> (дата звернення: 23.03.2020).

¹³ Богонюк Г.І. Законодавча регламентація кримінальної відповідальності за законодавством держав колишнього СРСР. *Юридичний вісник*. 2015. № 1. С. 173–178.

¹⁴ Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.

¹⁵ Савченко В.О. Кримінальна відповідальність за ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. 22 с.

¹⁶ Уголовный кодекс Швеции. Ассоц. «Юрид. центр»; науч. ред. Н.Ф. Кузнецова, С.С. Беляев; пер. на рус. С.С. Беляева. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2001. 304 с.

¹⁷ Бринзанська О.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти кримінально-виконавчої системи: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2012. 227 с.

Резюме

Юсубов К.В. Кримінальна відповідальність за порушення порядку виконання судових рішень за законодавством зарубіжних країн.

У статті здійснено дослідження зарубіжного досвіду кримінальної відповідальності за окремі злочини, які посягають на порядок виконання обвинувального вироку. Встановлено наявність альтернативних моделей закріплення у кримінальних законах європейських держав норм про відповідальність за невиконання судового рішення, передусім обумовлених національними особливостями кримінального законодавства. Зазначено особливості регулювання кримінальної відповідальності за злочини проти порядку виконання обвинувального вироку суду, яким особу засуджено до покарання, пов'язаного з обмеженням свободи у державах ЄС. Визначено, що норми про кримінальну відповідальність за невиконання рішення суду можуть викладені як у виді однієї статті (загальна норма), так і у виді декількох норм, які передбачають відповідальність за невиконання судового рішення певного виду.

Ключові слова: криміналізація, кримінальна відповідальність, законодавство зарубіжних країн, судові рішення, невиконання судового рішення, кримінально-правова охорона правосуддя, злочини проти правосуддя, обов'язковість виконання судового рішення.

Резюме

Юсубов К.В. Уголовная ответственность за нарушение порядка исполнения судебных решений по законодательству зарубежных стран.

В статье проведено исследование зарубежного опыта уголовной ответственности за отдельные преступления, посягающие на порядок исполнения обвинительного приговора. Установлено наличие альтернативных моделей закрепления в уголовных законах европейских государств норм об ответственности за неисполнение судебного решения, прежде всего обусловленных национальными особенностями уголовного законодательства. Указано на особенности регулирования уголовной ответственности за преступления против порядка исполнения обвинительного приговора суда, которым лицо осуждено к наказанию, связанному с ограничением свободы в государствах ЕС. Определено, что нормы об уголовной ответственности за неисполнение решения суда могут быть изложены как в виде одной статьи (общая норма), так и в виде нескольких норм, предусматривающих ответственность за невыполнение судебного решения определенного вида.

Ключевые слова: криминализация, уголовная ответственность, законодательство зарубежных стран, судебное решение, неисполнение судебного решения, уголовно-правовая охрана правосудия, преступления против правосудия, обязательность исполнения судебного решения.

Summary

Kostyantyn Yusubov. Criminal liability for violation of the order of enforcement of judgments under the laws of foreign countries.

The article deals with the study of foreign experience of criminal responsibility for separate crimes that infringe on the execution order of conviction. The presence of alternative models of consolidation in the criminal laws of European countries and the norms of responsibility for failure to execute judicial decisions, primarily due to the national characteristics of the criminal law. Features of regulation of criminal responsibility for crimes against the order of execution of a judgment of conviction for which the person is sentenced to the punishment associated with the restriction of freedom in the EU member States. Determined that the norms about criminal liability for failure to execute court decisions may be presented as a single article (General rule), and in the form of several rules, which provide for liability for failure to enforce court decision of a particular kind, namely: 1) qualification of aiding escape from prison as separate crimes; 2) the establishment of criminal liability for the qualified form of escape from the place of deprivation of liberty; 3) the consolidation of criminal liability of the person who organized the escape from prison with the simultaneous involvement of the perpetrators escape, is subject to disciplinary, and not criminal liability; 4) the establishment of criminal liability for illegal release from places of detention and mitigation of the regime of serving sentences, as well as the application of more serious penalties against the subjects of the offences against the penal system, what is the officials of the penitentiary institutions.

It was determined that in some member States of the EU enshrines the criminal liability only for the qualified form of escape from the place of imprisonment and the liability of the person who organized this escape, and while the perpetrator of the escape, subject to disciplinary, and not criminal liability. However, a significant proportion of the EU countries provides criminal responsibility for escaping from places of imprisonment without any other aggravating circumstances that can explain the substantial public danger of the crime.

Key words: criminalization, criminal liability, legislation of foreign countries, judicial decision, non-enforcement of a judicial decision, criminal legal protection of justice, crimes against justice, the binding execution of a judicial decision.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.83

УДК 342 (100+4)(094):342.56

П.А. РУДИК

*Петро Андрійович Рудик, доктор історичних наук,
професор**

ORCID: 0000-0003-3381-9840

ЕВОЛЮЦІЯ СТАНДАРТІВ СТВОРЕННЯ І РОЗШИРЕННЯ ЮРИСДИКЦІЇ СУДУ ЄС В УСТАНОВЧИХ ДОКУМЕНТАХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СПІВТОВАРИСТВ І ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ В ДОЛІСАБОНСЬКИЙ ПЕРІОД

Постановка проблеми. Інтеграційні процеси в Європі, створення спочатку Європейських співтовариств, а потім Європейського Союзу та необхідність приведення їх нормативної та інституційної систем відповідно до економічних, політичних та інтеграційних умов зумовили поступову трансформацію їх інститутів та правових норм, в тому числі і в судовій сфері. Такий процес знайшов відображення в положеннях установчих документах спочатку Європейських співтовариств, а з часом і Європейського Союзу, в котрих розкривається їх правова природа як інтеграційних об'єднань, їх інституцій, зокрема, і Суду Європейських співтовариств та Суду Європейського Союзу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У доступній юридичній літературі наявні ґрунтовні наукові праці зарубіжних і вітчизняних вчених, у яких досліджується правова природа Євросоюзу, його правова система, функціонування його інституцій, в тому числі і Суду ЄС, імплементація права ЄС у національне законодавство тощо. Із вітчизняних вчених дослідженню проблематики судової системи Євросоюзу значну увагу приділила низка вчених (назвемо лише окремих: Т. Комарову, Ю. Волошина, Л.Москвич, І. Назарова, К. Смирнову, О. Стрельцову, О. Шпакович, І. Яковюка, І. Яворську, а з російських – М. Ентіна, М. Марченка, М. Бірюкова, С.Кашкіна та ін.)¹. Детальну систематизацію наявних наукових праць з питань судової системи ЄС здійснила І. Камінська². Проте щодо дослідження запропонованої теми, то вона не знайшла достатнього вивчення.

Метою статті є аналіз еволюції стандартів установчих документів Європейських співтовариств і Європейського Союзу з питань створення і розширення юрисдикції їх Суду у період до прийняття Лісабонського договору.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Еволюційний шлях стандартів щодо Суду Євросоюзу був складним. Перші положення про його витoki були зафіксовані в установчих договорах про заснування Європейських співтовариств, котрі із суспільним розвитком постійно трансформувалися. Серед таких інституцій співтовариств, як Рада, Комісія, Парламентська асамблея (Європейський парламент), важливе місце займав і Суд європейських співтовариств. Створений згідно з установчим Договором про заснування Європейського співтовариства з вугілля та сталі (підписаний 18 квітня 1951 р., набув чинності 23 липня 1952 р.) (ст. ст. 31–45) Суд мав забезпечувати дотримання закону при тлумаченні і застосуванні цього Договору (ст. 31)³, тобто діяти у вузькій сфері господарства: вугілля і сталі.

З набранням чинності Договорів про заснування Європейського економічного співтовариства (далі – ЄЕС) та Європейського Співтовариства з атомної енергії (далі – Євратом) (1 січня 1958 р.) (ст. ст. 136–160)⁴ Суд став уже спільним інститутом для трьох співтовариств (ЄСВС, ЄЕС, Євратом) і в межах своєї юрисдикції мав забезпечувати шанування права у тлумаченні та застосуванні кожного із договорів.

Проте зауважимо, що Договір про заснування ЄЕС (у 1993 р. перейменований на Договір про заснування Європейської спільноти) став документом, котрий визначав основні напрями розвитку всієї західноєвропейської інтеграції і створив для забезпечення цього процесу необхідний правовий механізм (ст. ст. 164–188)⁵. Договір про заснування ЄСВС і Договір про заснування Євратома практично лише доповнювали правовий механізм, який функціонував на основі Договору про заснування ЄЕС. Суд Європейських співтовариств визначив Договір про заснування ЄЕС як «конституційну хартію Співтовариства, яка базується на верховенстві права».

За 30 років функціонування ЄЕС відбулися значні зміни: його склад розширився до 12 держав-членів, Суд переважував справами, ЄЕС як суто економічна структура себе вже вичерпувала. 17 лютого 1986 р.

держави-члени підписали **Єдиний європейський акт** (далі – ЄСА), котрим передбачалася певна уніфікація законодавства західноєвропейських країн. У Договорах співтовариств (ЄСВС, ЄЕС, Євратом) були внесені зміни, що стосувалися і їх судових систем. Договір про ЄСВС (ст. 32d), Договір про ЄЕС (ст. 168a), Договір про Євратом (ст. 140a) доповнювалися новими положеннями однакового змісту з урахуванням особливостей співтовариств. Зміни передбачали створення при Суді нового судового органу – Суду першої інстанції, котрий мав право приймати до розгляду деякі види позовів фізичних і юридичних осіб і виносити щодо них рішення, що могли оскаржуватися і в Суді (ч. 1 ст. 168a). Суд першої інстанції доповнював Суд Європейських співтовариств. До нього перейшли справи за скаргами фізичних і юридичних осіб на дії чи бездіяльність інституцій ЄС та службові спори, що виникали у ньому. Він отримав юрисдикцію з розгляду прямих позовів від приватних осіб. Такий суд виступав переважно в ролі органу адміністративної юстиції. А Суд Європейських співтовариств набув можливості зосередитися на вирішенні справ «конституційного» характеру⁶.

Новим етапом у процесі європейської інтеграції стало набуття чинності **Маастрихтського договору** (1 листопада 1993 р.), котрим офіційно було проголошено про заснування Європейського Союзу (ст. 1 договору). Він вніс чимало поправок до Договору про ЄЕС, котрі стосувалися і Суду ЄС: визначалися структура Суду ЄС, його склад і повноваження та повноваження держав-членів у судовій сфері в рамках законодавства Євросоюзу. У договорі зазначалося, що **Суд Європейського Союзу включає в себе Суд, Трибунал і спеціалізовані трибунали** (ч. 1 ст. 9 F)⁷. Таким чином пропонувалася додатково уже третя ланка судової системи Європейських співтовариств – спеціалізовані суди. Цим самим передбачався подальший перерозподіл повноважень між Судом ЄС, Трибуналом (Судом першої інстанції) і спеціалізованими трибуналами (спеціалізованими судами) Європейських спільнот, щоб розвантажити зазначені перші два суди та прискорити розгляд справ.

Суд ЄС мав забезпечувати дотримання права в ході тлумачення і застосування Договорів, а держави-члени наділялися повноваженнями встановлювати способи оскарження, необхідні для забезпечення ефективного судового захисту в сферах, що регулювалися правом Союзу (ч. 1 ст. 9 F). Визначалося, що до складу Суду входять по одному судді від кожної держави-члена і що Суду сприяють генеральні адвокати (ч. 1 ст. 9 F).

Трибунал був створений у 1989 р. на допомогу Судові Європейських спільнот. Його рішення могли бути оскаржені в Суді Європейських спільнот з позиції законності. Він мав юрисдикцію розглядати лише кадрові суперечки в установах ЄС та спірні питання в галузі конкуренції (в основному позови компаній). Завданням трибуналу було розглядати справи, котрі потребували «вивчення численних фактів», а юрисдикцією Суду Європейських співтовариств було тлумачення законів. Трибунал мав включати, як мінімум, по одному судді від кожної держави-члена. Відбір суддів і адвокатів Суду і суддів Трибуналу мав проводитися з числа осіб, котрі мали забезпечувати свою незалежність та володіли б необхідною кваліфікацією. Вони призначалися за спільною згодою урядами держав-членів на шість років і могли бути призначені повторно (ч. 2 ст. 9 F).

У договорі визначалися питання, з котрих Суд міг приймати рішення: а) за позовами, що подаються державами-членами, інститутами, фізичними або юридичними особами; б) в преюдиціальному порядку за запитами національних юрисдикційних органів про тлумачення права Союзу або про дійсність актів, прийнятих інститутами; с) в інших випадках, передбачених Договорами» (ч. 3 ст. 9 F).

Спеціалізованими трибуналами мали бути судові органи, наділені спеціальною юрисдикцією – компетенцією з розгляду і вирішення строго визначених категорій правових спорів. Проте визначення найменування та юрисдикції спеціалізованих трибуналів Маастрихтський договір прямо не визначав (ч. 1 ст. 9 F)⁸.

З метою врегулювання проблем реформи інститутів Євросоюзу у зв'язку з наслідками розширенням його складу та вирішення інших глобальних процесів був прийнятий **Амстердамський договір** (2 жовтня 1997 р.). Він вніс суттєві зміни до Договору про Євросоюз, до договорів, котрі заснували Європейські співтовариства, та пов'язаних із ними актів для того, щоб ЄС міг функціонувати ефективніше та демократичніше. Внесені зміни розширювали юрисдикцію Суду ЄС: поряд з поліцією конкретно визначалися напрями діяльності судів, їх тіснішого співробітництва з іншими компетентними органами влади держав-членів, спільні дії судової співпраці у кримінальних справах. Вони включали: а) сприяння та прискорення співробітництва між компетентними міністерствами та судами або еквівалентними органами держав-членів стосовно провадження та виконання рішень; б) сприяння екстрадиції між державами-членами; с) забезпечення сумісності правил, що застосовуються в державах-членах, наскільки це можливо та необхідно для вдосконалення такої співпраці; д) запобігання конфлікту юрисдикції між державами-членами; е) поступове прийняття заходів щодо встановлення правил, котрі мали стосуватися злочинних діянь та покарань у сфері організованої злочинності, тероризму та незаконний обіг наркотиків тощо (ст. К. 3 розділу VI)⁹.

Окрім цього, залежно від умов Суд міг виносити попередні постанови про чинність і тлумачення рамкових рішень та рішень щодо тлумачення конвенцій з питань співпраці судових органів у кримінальних справах, про чинність та тлумачення заходів щодо їх реалізації (п. 1 ст. К. 7). Водночас визначалися умови, за яких будь-якій державі-члену надавалася можливість набути попередніх рішень Суду ЄС (п. 2, 3 ст. К. 7). Проте в Договорі підкреслювалося, що незалежно від того, подавала держава-член раніше заяву до Суду ЄС чи не подавала, вона має право подавати заяви про справу або письмові зауваження до Суду ЄС у справах щодо його попередніх рішень (п. 4 ст. К. 7). Суд був наділений юрисдикцією перевіряти законність рамкових рішень та рішень у діях, висунутих державою-членом або Комісією з причини некомпетентності, порушення суттєвої процесуальної вимоги, порушення Амстердамського договору чи будь-якої норми права, котра стосувалася його застосування, або неправильного використання повноважень (п. 6 ст. К. 7). Суду була надана компетенція вирішувати будь-які спори між державами-членами щодо тлумачення чи застосування актів, коли їх не вдавалося вирішувати Радою відповідно до ст. К. 6(2) (п. 7 ст. К. 7, п. 2 ст. К. 6). Договором виразніше були сформовані сфери правосуддя і поліцейського співробітництва у кримінально-правових справах: окремо статтями були визначені спільні дії поліцейської співпраці (ст. К. 2) і спільні дії судового співробітництва (ст. К. 3). На

Суд не поширювалася юрисдикція переглядати обґрунтованість або пропорційність національних операцій, здійснюваних поліцією чи іншими правоохоронними службами держав-членів, чи здійснення обов'язків, покладених на держави-члени, що мали забезпечувати правопорядок та внутрішню безпеку (п. 5 ст. К. 7)¹⁰.

Не вирішивши питань реформування інститутів ЄС, Амстердамський договір проте послужив підставою для нових домовленостей і пошуку правових рішень, зокрема, і в перебудові його інституційної системи, в тому числі і в реформуванні Суду ЄС. Так, відповідно до **Ніщцького договору** (26 лютого 2001 р.), були внесені зміни та доповнення до установчих Договорів про Європейський Союз та інших співтовариств щодо повноважень і діяльності їх судових органів тощо. Вони значно поглибили зміст положень установчих документів щодо Суду ЄС, розширили повноваження його судових органів та модернізували структуру. Якщо за **Маастрихтським договором Суд ЄС мав складатися з Суду, Трибуналу і спеціалізованих трибуналів**, то за **Ніщцьким договором судова система ЄС щодо Договору про заснування Європейського співтовариства**, як і інших співтовариств, **включала в себе Суд ЄС та Суд першої інстанції**. Кожний із них «у межах своєї юрисдикції» мав забезпечувати дотримання законності при тлумаченні і застосуванні свого Договору (ст. 2 ст. 220; ст. 3 ст. 136; ст. 4 ст. 31 Ніщцького договору)¹¹. **Визначалися склад і структура судових органів, вимоги до суддів та генеральних адвокатів, терміни їх змінюваності, процедура Суду Євросоюзу** тощо. До складу Суду ЄС мали входити судді по одному від кожної держави-члена. Суд ЄС міг засідати у палатах або у Великій Палаті чи на пленарних засіданнях відповідно до положень, що містилися в Статуті Суду (994_618) (ст. 221 договору). Суду ЄС мали допомагати вісім генеральних адвокатів, хоча на вимогу Суду Рада, діючи одностайно, могла збільшити їх кількість. Обов'язком генеральних адвокатів було, діючи неупереджено та незалежно, надавати у відкритому судовому засіданні ґрунтовні висновки щодо справ, у котрих відповідно до Статуту Суду ЄС потрібна була їх участь (ст. 222). Судді та генеральні адвокати Суду ЄС мали обиратися серед осіб, незалежність котрих не викликала жодного сумніву та котрі мали кваліфікацію, необхідну для призначення у вищій судовій інстанції у їх відповідних державах або котрі були юридичними радниками з визнаною компетентністю. Такі судді й адвокати мали призначатися за спільною згодою урядів держав-членів на термін у шість років, хоча кожні три роки мала відбуватися часткова заміна суддів та генеральних адвокатів відповідно до умов, встановлених у Статуті Суду ЄС. Вони могли бути призначені повторно. Судді мали обирати Голову Суду ЄС зі свого складу терміном на три роки, хоча він міг бути переобраним. Судом ЄС мав призначатися Секретар Суду, мали прийматися Положення з регулювання його діяльності, Правила процедури Суду, котрі схвалювалися б Радою, що діяла б кваліфікованою більшістю (ст. 223). Нова ст. 229а закріпила норму про те, що Рада, діючи одностайно за пропозицією Комісії та після консультацій з Європейським Парламентом, може приймати положення про надання юрисдикції та визначення її обсягу Суду ЄС у справах, що стосуються застосування актів, прийнятих на підставі Договору про заснування Європейського співтовариства, котрі створюють права промислової власності співтовариства. Водночас Рада рекомендувала такі положення державам-членам для прийняття відповідно до їх конституційних процедур¹².

Зазнавали значного розширення компетенція і склад **Суду першої інстанції**. Він став **автономною судовою установою**. Тепер уже поряд із Судом ЄС у межах своєї юрисдикції Суд першої інстанції мав забезпечувати дотримання законності при тлумаченні та застосуванні Договору про ЄС, як і договорів інших співтовариств. А відповідно до нової статті (ст. 225а) додатково в Суді могли створюватися **судові палати для розгляду в першій інстанції певних видів справ у спеціальних сферах** за умови, якщо Рада діятиме одностайно за пропозицією Комісії і після консультацій з Європейським Парламентом та Судом ЄС або на запит Суду ЄС та після консультацій з Європейським Парламентом і Комісією. При створенні такої палати мало визначатися положення щодо її організації та обсягу її юрисдикції. Рішення судових палат могли підлягати апеляції до Суду першої інстанції лише на підставі питань права, питань факту або якщо таке зазначалося в рішенні про заснування судової палати. Судові палати могли формуватися з осіб, незалежність котрих не викликала сумніву та котрі мали кваліфікацію, необхідну для призначення у вищій судовій інстанції. Судді палати призначалися Радою, яка мала діяти одностайно, а не урядами держав-членів за спільною згодою, як призначалися судді Суду ЄС і Суду першої інстанції. Судовими палатами встановлювалися Правила процедури за згодою Суду ЄС і схвалювалися кваліфікованою більшістю Ради. Водночас фіксувалося, що доки в рішенні про заснування судової палати не передбачено іншого, положення Ніщцького договору, що стосуються Суду ЄС та положення Статуту Суду ЄС, застосовуються й до судових палат (ст. ст. 220, 225а)¹³.

Відповідно до Ніщцького договору до **складу Суду першої інстанції** мали входити щонайменше по одному судді від кожної держави-члена, які обираються з осіб, чия незалежність не викликала сумніву та котрі мали необхідну кваліфікацію для призначення у вищій судовій інстанції, призначатися при повному порозумінні урядів держав-членів терміном на шість років з частковим оновленням кожні три роки та можливістю повторного призначення. У роботі Суду Статутом Суду ЄС передбачалося можливість участі генеральних адвокатів. Із членів Суду на три роки обирався Голова Суду, котрий міг бути переобраним. Суд призначав секретаря Суду, приймав Положення, що регулювало його діяльність, приймав за погодженням із Судом ЄС Правила процедури Суду, котрі мали бути схвалені кваліфікованою більшістю Ради. У випадку, якщо Суду першої інстанції Статутом Суду ЄС не передбачалося інше, положення Ніщцького договору, що стосувалося Суду ЄС, застосовувалося і до нього (ст. 224 договору).

Розширювалася юрисдикція Суду першої інстанції, котра мало свої особливості. Окрім того, що Суд мав розглядати та виносити рішення у судових справах першої інстанції, він наділявся повноваженнями разом із Судом ЄС «кожному в межах своєї юрисдикції» забезпечувати відповідність нормативно-правових актів Євросоюзу і співтовариств установчим договорам: розглядати питання щодо правомірності актів інституцій ЄС, позовів держав-членів та інституцій Європейського співтовариства про бездіяльність інших інституцій об'єднання, відшкодування всіх збитків, завданих інституціями чи службовцями співтовариства, вирі-

шення спорів між співтовариством та його службовцями, винесення преюдиціальних рішень, прийняття попередніх рішень щодо запитів національних судів держав-членів тощо (п.п. 1, 3 ст. 225 та ін.). Водночас Договір зазначав, що Статут Суду ЄС може передати до компетенції Суду першої інстанції ще й інші види справ. Суд першої інстанції мав також юрисдикцію розглядати справи щодо оскарження рішень судових палат. Він міг передати справу до Суду ЄС для надання висновку, якщо справа потребувала принципового рішення, яке могло вплинути на цілісність або на узгодженість права співтовариства. Разом із тим його рішення, в тому числі попередні рішення на запити національних судів, могли підлягати апеляції до Суду ЄС, щоправда, тільки на підставі питань права в межах, визначених Статутом, а також могли лише як виняток підлягати перегляду Судом ЄС відповідно до умов та в межах, визначених у Статуті, якщо існувала серйозна загроза цілісності чи узгодженості права співтовариства (п.п. 1, 3 ст. 225 та ін.)¹⁴.

Ніщський договір відіграв прогресивну роль у реформуванні як Євросоюзу загалом, так і його судової системи зокрема. І все ж Євросоюз потребував подальшого реформування, на чому було наголошено в **Лаакенській декларації** про майбутнє Європи (2001 р.). Проаналізувавши суспільно-політичну ситуацію, що склалася у світі та в Європі на початку ХХІ ст. в умовах триваючої глобалізації, вона представила план подальшого реформування Євросоюзу, щоб стати йому провідним в об'єднанні Європи¹⁵. Відповідно до декларації був підготовлений проект «**Договору про запровадження Конституції для Європи**» (2003/С169/01) (червень 2003 р.). У проекті Конституції для Європи поряд із положеннями про модернізацію Євросоюзу загалом окреме місце відводилося і Суду ЄС. Передбачалося змінити його структуру: замість дволанкової судової системи (Суд ЄС і Суд першої інстанції) пропонувалася триланкова судова система (**Європейський Суд, Загальний суд та спеціалізовані суди** – назви судів подано відповідно до проекту договору). Суд мав забезпечувати шанування права у тлумаченні та застосуванні Конституції, а держави-члени мали визначати засоби оскарження, достатні, щоб забезпечити ефективний правовий захист у сфері права Союзу (п. 1 ст. 28). У новій редакції подавалися також положення, які були зафіксовані в Договорі про Євросоюз після внесення змін і доповнень Ніщським договором про склад Суду ЄС, вимоги до обрання суддів й адвокатів та призначення суддів за спільною згодою урядів держав-членів тощо (п. 2 ст. 28; ч. 1, 2 ст. III-260; ч. 1, 2, 3 ст. III-261). Водночас **Суду встановлювалася така юрисдикція**: він мав, по-перше, вирішувати справи за позовами, що їх могла подати держава-член, інституція, фізична чи юридична особа згідно з положеннями частини III Конституції; по-друге, виносити на звернення судів держав-членів попередні рішення щодо тлумачення права Союзу або чинності актів, що їх ухвалили інституції; по-третє, вирішувати інші справи, як обумовлено в Конституції тощо (п. 3 ст. 28 договору)¹⁶.

Проте у зв'язку з тим, що Конституція для Європи на референдумах не знайшла підтримки серед громадян Франції («проти» – 54,87 % виборців) і Нідерландів («проти» – 61,6 % виборців), Договір про запровадження Конституції для Європи не набув чинності¹⁷. Альтернативою Конституції для Європи став Лісабонський договір від 13 грудня 2007 р., а набрав чинності 1 грудня 2009 р.

Висновки. Отже, аналіз положень установчих документів Європейських співтовариств і Європейського Союзу в період з часу заснування Європейських співтовариств до Лісабонської угоди переконує в тому, що поетапно з урахуванням спочатку конкретної економічної, а потім і політичної ситуації відбувалася еволюція стандартів установчих договорів зазначених об'єднань щодо судової системи спочатку Європейських співтовариств, а з 1992 р. – Європейського Союзу. Встановлено, що починаючи з Єдиного європейського акта (1986 р.) включно по Договору про запровадження Конституції для Європи (проект 2003/С169/01) закріплювалися однакові високі за змістом і формою вимоги до суддів органів різних ланок судової системи як співтовариств, так і Союзу, що свідчить про постійну турботу держав-членів щодо забезпечення судових органів незалежними суддями високої кваліфікації і підвищення їхньої відповідальності за здійснення правосуддя. Поступові, обережні та консенсусні трансформації структури Суду ЄС та його органів, перерозподіл юрисдикції між ними, розширення їх повноважень сприяло створенню дієздатної судової системи Євросоюзу, підвищенню ролі його Суду в утвердженні права Євросоюзу не лише в державах-членах, а й частково в інших країнах Європи, котрі прагнули і прагнуть набути членства в Євросоюзі, у тому числі в Україні, в інтересах захисту прав людини і основоположних свобод, верховенства права і демократії. Хоча зауважимо, що проблема трансформації положень установчих договорів ЄС загалом і щодо його судової системи зокрема відповідно до нової ситуації для Євросоюзу, що склалася в першому десятиріччі ХХІ ст., повністю не була вирішена. Подальша консенсусна модернізація положень установчих договорів ЄС в цілому і щодо Суду ЄС відбулася згідно з Лісабонським договором, що потребує окремого дослідження.

¹ Комарова Т.В. Суд Європейського Союзу: розвиток судової системи та практики тлумачення права ЄС : монографія. Харків : Право, 2018. 528 с.; Волошин Ю.О. Конституційно-правове забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти: монографія. Київ: Логос, 2010. 427 с.; Назаров І.В. Судові системи країн Європейського Союзу та України: генезис та порівняння: монографія. Харків : Фінн, 2011. 432 с.; Яковюк І.В. Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз : монографія. Харків: Право, 2013. 760 с.; Шпакович О.М. Роль суду Європейського Союзу в становленні та розвитку європейського права. *Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження»*. 2009. № 1. С. 58–62; Суд Європейського Союзу: правовий статус та особливості реалізації правотворчої функції : монографія / І. Яворська, М. Микієвич. Львів : ЛНУ ім. І. Франка, 2017. 247с.; Энтин М.Л. Суд ЕС: правовые формы обеспечения западноевропейской интеграции. Москва: Международные отношения. 1987. 210 с; Марченко М.Н. Европейский союз и его судебная система: монография. Москва : Проспект, 2015. 288 с. та ін.

² Камінська І.В. Судова система ЄС: гносеологічні засади функціонування та розвитку. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 1. С. 47–53.

³ Договір про заснування Європейського об'єднання вугілля і сталі: підписаний в Парижі 18.04.1951 р., набув чинності 23.07.1952 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_026

⁴ Договір про заснування Європейського співтовариства з атомної енергії від 25.03.1957 р., м. Рим. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_027

⁵ Договір об утворенні Європейського економічного союзу. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901771692>

⁶ Єдиний європейський акт від 12 лютого 1986 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_028

⁷ Договір о Європейском Союзе (Маастрихт, 7 февраля 1992 г.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029

⁸ Там само.

⁹ The treaty of Amsterdam. Amending the treaty on European Union, the treaties establishing the European communities and certain related acts. Amsterdam. 2 October 1997. URL: <https://web.archive.org/web/20120829111957/http://www.eurotreaties.com/amsterdamtreaty.pdf>

¹⁰ Там само.

¹¹ 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). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_261

¹² Там само.

¹³ Там само.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Лаакенська декларація «Майбутнє Європейського Союзу» (Декларація Лаак) від 15.12.2001 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_924/conv

¹⁶ Договір про запровадження Конституції для Європи (проект) (2003/C169/01). Підписаний 18.07.2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_647/

¹⁷ Жадько О.С. Конституція для об'єднаної Європи. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_6587

Резюме

Рудик П.А. Еволюція стандартів створення і розширення юрисдикції Суду ЄС в установчих документах Європейських співтовариств і Європейського Союзу в долісабонський період.

Комплексно аналізується еволюційний процес щодо стандартів установчих документів Європейських співтовариств і Союзу з вугілля і сталі, економічного, з атомної енергії, Єдиного європейського акту, Маастрихтського, Амстердамського, Ніщкого договорів з питань створення і розширення юрисдикції Суду ЄС у долісабонський період. Розкриваються особливості внесених змін до положень установчих договорів.

Ключові слова: стандарти установчих договорів, Європейське співтовариство, Європейський Союз, Суд співтовариств, Суд ЄС, еволюція, юрисдикція.

Резюме

Рудык П.А. Эволюция стандартов создания и расширения юрисдикции Суда ЕС в учредительных документах Европейских сообществ и Европейского Союза в долисабонский период.

Комплексно анализируется эволюционный процесс по стандартам учредительных документов Европейских сообществ и Союза угля и стали, экономического, по атомной энергии, Единого европейского акта, Маастрихтского, Амстердамского, Нищкого договоров по вопросам создания и расширения юрисдикции Суда ЕС в долисабонский период. Раскрываются особенности внесенных изменений в положения учредительных договоров.

Ключевые слова: стандарты учредительных договоров, Европейское сообщество, Европейский Союз, Суд сообществ, Суд ЕС, эволюция, юрисдикция.

Summary

Petro Rudyk. The evolution of standards for the creation and extension of jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the founding instruments of the European Communities and the European Union in the pre-Lisbon period.

The gradual evolution of the standards of the founding instruments of the European Communities and then the European Union in the field of their judicial systems, which is subject to the integration processes in Europe, is comprehensively analyzed. Thorough scientific works of both foreign and domestic scientists cover the problems of various spheres of development of the European Union, its institutions, in particular, its Court of Justice. However, the study of this topic was not given enough attention. Therefore, the **purpose of the article** is a comprehensive analysis of the evolution of the standards of the constituent instruments of these associations in relation to the establishment and expansion of the jurisdiction of their Court of Justice in the pre-Lisbon period. It is established that the origins of the standards of the Court of Justice were enshrined in the founding treaties of the European Communities, and were further developed in the founding instruments of the European Union, which were constantly being transformed. The jurisdiction of the Court of Justice of the Coal and Steel Community was limited to a narrow sphere of economy, and with the entry into force of the Treaties establishing the European Economic Community and the European Atomic Energy Community (1958), the Court became a joint institution for the three communities, with the powers of ensuring respect for the law in the interpretation and application of each of the treaties.

The peculiarities of the amendments made to the provisions of the following constituent instruments are discovered. The Single European Act (1986) provided for a certain unification of the legislation of Western European countries, supplementing the founding treaties of the Communities with new provisions on the establishment of the Court of First Instance to hear certain claims of individuals and legal entities to relieve the Court of Justice. The Maastricht Treaty (1992) formally proclaimed the establishment of the European Union and defined the new structure of the Court of Justice (Court, Tribunal and Specialized Tribunals), its composition and powers, and powers of the Member States in the judicial field. The Amsterdam Treaty (1997) expanded the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union, namely certain areas of activity of courts, their cooperation with other competent authorities of the Member States, joint actions of judicial cooperation in criminal matters, etc. The Treaty of Nice significantly deepened the standards of the founding instruments of the Court of Justice, expanded the powers of its judicial bodies and modernized its structure (including the Court of Justice and the Court of First Instance), defined high requirements for judges and advocates general, the periods of their replacement, extended the jurisdiction of the Court of First Instance, etc. Further transformation of the standards of the Court of Justice has been carried out under the Lisbon Treaty, which requires a separate study.

Key words: standards of founding treaties, European Community, European Union, Court of Justice of the European Communities, Court of Justice of the European Union, evolution, jurisdiction.

A.V. ALLAHVERDIYEV

*Alovsat Vilayet Allahverdiyev, Ph.D. in Law, Lecturer
of Baku State University**

ORCID: 0000-0001-9442-3853

DEFINING WAR CRIMES: A LOOK TO THE PROSECUTION BY INTERNATIONAL CRIMINAL JUDICIAL BODIES

Formulation of the problem. One of the fundamental features of the international law is its effectiveness. Particular attention in this regard is centralized on the international legal responsibility, prosecution of international crimes and punishment of perpetrators. Among others, the painful question of war crimes and universally unresolved issue of international prosecution is still waiting for systematic regulation. Crimes against international peace and security have existed throughout history and have become an insurmountable problem. Special concerns are addressed to war crimes due to their high level of danger and low level of efficient prosecution. Terror and wars as well as their consequences have always been frightening for the international community. In the light of hybrid armed or military conflicts, international war crimes get more vogue nature and proper chance to be hidden. In this respect, the relevance of the topic can be explained by the mere fact that a new theoretical-academic approach is needed to define international war crimes, understand their character and to make an attempt to detect primary gaps in international prosecution in order to re-establish the international law of justice.

Analysis of recent research and publications. Some problems related to the introduced subject have been investigated in national law by scholars such as A.I. Aliyev, R.K. Mammadov, S.T. Samedova, R.F. Mammadov and others. Particular attention should be paid to the scientific work “Azerbaijan in the target of international crimes: legal analysis” of Prof. Amir Aliyev, who produced the latest and the most systematic legal overview of war crimes committed in the territory of Western Azerbaijan, Garabag as well as in the all Post-Soviet area. Fruitful scientific analysis has been also done by the experts of international bodies such the United Nations, the International Criminal Court, the Council of Europe, etc. what have been benefitted from in the current study too.

Formulation of the academic purpose. Taking into account the noted concerns about the theory and practice of war crimes, the purpose of the article is to elaborate and improve the conceptual basis of war crimes, study the difficulties of international criminal punishment and search for improvements.

Presentation of main material. Despite the progressive development of modern international law, war crimes have further been “improved”, manifested themselves in new forms, and infringed the legitimate interests of states. Practice of latest armed conflicts prove that the warring parties are not eager to recognize each other’s legitimate positions and do not follow the simple rules of international humanitarian law. The destruction of historical and cultural monuments, the violence and torture of civilians, and their killings have been described as war crimes, and in very few cases perpetrators have been punished and more oftenly gone unpunished. Certain actions that have already become history are very clear proof of this argument. For example, the London International Assembly, which began its work in the autumn of 1941 to deal with the crimes committed by the German Nazis, referred to the horrific acts of World War I and stressed the failure of the punishment for war crimes of WWI.¹ The proposals and recommendations submitted by the Assembly stated that attention should be paid not only to violations of the day-to-day rules of war, but also to other serious crimes committed by criminals who were not punished by domestic law during the war.

Following the proposals of the International London Assembly, in 1945 the UN War Crimes Commission called for a war crimes court or tribunal because of the inevitability of penalties for crimes against humanity.² Nevertheless, nor the London Assembly nor the UN Commission finalized long-standing issue of individual criminal responsibility under international law for crimes against humanity committed not only during war but also in peacetime.³ Moreover, the Commission was about to overview a proposal to punish those who committed crimes against the civilian population of the occupied territories.⁴ The Nuremberg Tribunal, set up for this purpose, was a contributor to international humanitarian law in the sentencing of those convicted of war crimes and other international crimes. The tribunal’s jurisdiction includes war crimes, crimes against peace and crimes against humanity. Article 6 of the Statute of the Nuremberg Tribunal uses the phrase “violations of the laws and customs of war.” The analysis of the act lets us consider that the usual war takes place mainly between the warring parties and it is conducted by combatants. However, when violations are committed against those who are not directly involved in the war and are subjected to violence, these acts may constitute war crimes because they can not be justified via the concept military necessity. According to the Charter, war crimes include violating the laws or customs of war, killing, torturing, enslaving or otherwise abducting civilians in the occupied territories, killing or torturing prisoners of war or naval personnel, killing hostages, looting public or private property, meaningless destruction of towns and villages, looting and other acts not related to military necessity. Thus, the Charter defines the scope of the term “war crimes” very generally. “War crimes” can be understood as a general term meaning a violation of international humanitarian law

applicable during an armed conflict.⁵ So, war crimes are an independent type of international crimes, they involve all serious violations of the customs and laws of war, most importantly the killing or injury of non-combatants, the enslavement and deportation of civilians, and the neglect of cities, villages and towns without military necessity. covers demolition or devastation. These actions may include acts of genocide if they take place in the context of war.⁶

It can be argued that war crimes only cover acts enshrined in the 1949 Geneva Conventions for the Protection of Victims of War. Yet, we should not forget that these acts consist of only a fraction of war crimes, ones what are the most dangerous and serious. War crimes are specified in the charters of international criminal justice bodies in accordance with the norms of international law. For example, Article 6b of the Statute of the Nuremberg International Military Tribunal, Articles 2-3 of the Statute of the Yugoslav Tribunal, and Article 4 of the Statute of the Rwanda Tribunal, Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court explain the nature of war crimes. To sum up all the normative frameworks, I can say that war crimes is a broad legal category, covering serious violations of international humanitarian law in times of armed conflict, both international and non-international. Each of these violations is in itself a specific criminal act and gives rise to international criminal liability.⁷

In general, I may classify the acts covered by the term “war crime” in a narrower sense referring to a violation of the laws or customs of war what may include:

- Serious violations of the Geneva Conventions or their Additional Protocols;
- Violation of the Hague Conventions;
- Violation of the laws and customs of war.

Nevertheless, this general approach to war crimes does not provide details to understand the very depth of the concept. It is obvious that war crimes could be related to other types of international crimes, but distinct features are needed to specify precise scope of war crimes. The term “war crime” in the broadest sense means that all those who act in violation of international law in connection with armed conflict may be prosecuted and punished. Of course, this does not exclude a direct connection with crimes against peace, crimes against humanity and genocide. Since “war crimes” are violations of the laws and customs of war, it is necessary to show all the elements of this category of crimes in order to get a complete picture of war crimes. There are certain acts that constitute war crimes, which are not directly referred to as “war crimes” in the Charter of the Nuremberg Tribunal or in the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols. After Nuremberg and the Far Eastern International Tribunal, the norms of war crimes are more clearly reflected in the Charter of the Yugoslav Tribunal, the international criminal tribunal established for the events of the former Yugoslavia and establishing responsibility for war crimes. The Charter of the Yugoslav Tribunal states that the main goal is to bring to justice those responsible for violations of international humanitarian law, to prevent possible crimes, to bring justice to thousands of victims and their families in the former Yugoslavia, and to establish peace in the former Yugoslavia. To address such issues, the Yugoslav Tribunal brought to justice those convicted of war crimes as a result of their investigations.

Throughout history, most war crimes have gone unpunished. The trial of Peter von Hagenbach, first tried in a special tribunal for war crimes in 1474, was one of the world’s first international crime trial, as well as the first trial of a person responsible for his subordinates’ orders.⁸ During the trial, he claimed that he had simply carried out his orders, but the court ignored him and ruled, and Hagenbach was beheaded. Later, in 1865, Henry Wirz, an army officer, was convicted by a military tribunal of torture to death in Andersonville Prison during the American Civil War.⁹ Despite the military tribunals set up after World War II and the last two international criminal trials for the former Yugoslavia and Rwanda, these crimes have not been prevented in an absolute manner. This form of trial suggests that it is reasonable to assume that many of the perpetrators of inhumane acts during the war will not be punished for their actions in future. In other words, we are morally obliged to change our attitude and methodology of prosecution. It should be noted that the establishment of international criminal tribunals and the prosecution of military and political leaders have to some extent prevented the ongoing crimes, while the tribunals have created confidence in the international community that criminals will not go unpunished. Clearly, the Charter of the Nuremberg Tribunal, which contained acts of war crimes, was intended to punish the organizers and perpetrators of World War II as well as introduce clear regulations for the international humanitarian law. International humanitarian law, an important institution of international law, recognizes the existence of armed conflict because it accepts that wars cannot be prevented or stopped in general, but we may restrict the methods and means of war. Thus, the standardization of the rules of war was determined in two directions:

- The first is the Geneva Legislation (Geneva Conventions), based on the four Geneva Conventions of 1949, in Geneva, and the two 1977 Protocols attached to it.
- The second direction is the Hague legislation, which includes a number of conventions signed in the Hague in 1899 and 1907.

Geneva law regulates the interaction of legal regimes to protect different classes of people, especially the defenseless, non-combatants and prisoners of war, in armed conflict. The Hague law, on the other hand, regulates the methods and techniques of warfare. The Geneva Conventions for the first time defined some “grave violations” of the laws of war as war crimes, which give rise to individual criminal liability.¹⁰ It is precisely these factors that have become one of the priorities of modern international law, and have begun to expand and develop. Immediately after the end of World War II, the Nuremberg Tribunal was established because it was so important to hold the Nazi regime and its key leaders accountable for the war of aggression. The purpose of the tribunal was to formally condemn and ban Nazism, to put an end to one of the threats that could lead to a new world war in the future. For about a year, the International Military Tribunal has done a great job. The trial lasted ten months in Nuremberg. During the trial, 403 public hearings were held, 116 witnesses were questioned, more than 300,000 written statements were made, and about 3,000 documents were examined, and 12 Nazi criminals were executed.¹¹ The Nuremberg trials were followed by the Tokyo trial. This court was established to punish Japanese militarists. The Potsdam Declaration

of July 26, 1945, called for the trial of those accused of war crimes. Japan's act of surrender of September 2, 1945, considered the obligation to "conscientiously abide by the terms of the Potsdam Declaration," including the punishment of war criminals. In addition to the statutes of the Nuremberg and Tokyo tribunals, the rules on war crimes are set out in the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, the Charter of the Yugoslav Tribunal and the Statute of the International Criminal Court.

The Yugoslav Tribunal was established by UN Security Council Resolution 827 to try four groups of crimes such as serious violations of the Geneva Conventions, violation of the laws and customs of war, genocide, crimes against humanity. Since its inception, the Tribunal has indicted 161 people; The last indictment was issued in December 2004, the last was approved and opened in the spring of 2005. Goran Hadzic was last arrested on July 20, 2011. The Charter of the Yugoslav Tribunal contains two different articles on war crimes (Article 2-3). Article 2 lists serious violations of the 1949 Geneva Conventions, and Article 3 lists "specific violations of the laws and customs of war." This distinction is related to the division of international humanitarian law into two parts – the protection of human rights in armed conflict ("Geneva law") and the restriction of methods and means of warfare ("Hague law"). According to Article 27 of the 4th Geneva Convention, the rape of civilians is formally illegal, but there is a gap in the regulation of "serious offenses" contained in Article 147. For these reasons, the systematic sexual assault of 200,000 Bangladeshi women by Pakistani soldiers in 1971 went unpunished.¹² Moreover, similar acts occurred in 1995 in Haiti during Cedras's rule committed by the military, mostly by the FRAPH (Front for the Progress and Development of Haiti), again there was not serious mechanisms of punishment arranged by UN mission.¹³

In comparison with the above-mentioned cases, the Yugoslav Tribunal considered such cases to be war crimes, as well as crimes against humanity on a large scale and as a premeditated tactical target. In the actions of several Serbian battalions, the rape of Muslim women in groups and in public was intended to intimidate and discourage the local population, as well as to intimidate the birth of a newly-established Chetnik (Serbian Chetniks are a Serbian national guerrilla movement). The tribunal was the first to hear a war crime case against a Serbian police officer who was involved in the violence against Muslim women prisoners in a "rape camp" in Foka and turned a blind eye to the abuses. Of course, it is important to emphasize that these actions, investigated by the tribunal, are not the violence of individual women, which is condemned by the international community, but the fact that sexual assault is carried out in the form of ethnic cleansing. There have been several arguments of in-depth analysis in summary of the decisions. Bosnian Serb criminals were allowed to rape Muslim women in public in order to humiliate them in front of their neighbors and fellow prisoners in the camp. The Serbs wanted to put a cultural mark on the victims of the aggression. It is not only the act that makes sexual violence a war crime, but also the fact that it is allowed or committed for political purposes. In 1992, there were political motives in Bosnia for committing acts such as forced pregnancies, which in no way could be justified in any way, and which infringed on moral values. This, of course, was a step towards changing the ethnic composition of the population. For this reason, the Yugoslav Tribunal supported the investigation. The tribunal was criticized for paying too much attention to violence. The tribunal did not find it necessary to provide convincing evidence of racism or political motives in certain cases. In Celebici case, for example, it was clear that the judiciary tended to define rape as torture, regardless of the motive.¹⁴

It was also interesting to note that this did not apply to the rape of a man, but to a woman. Of course, such an approach would not be correct. It is especially dangerous when an immoral act is committed in a systematic and political manner, which is a crime against humanity, but can also be described as a war crime. Tadic, who is known for his atrocities against Bosnian Muslims, said in his trial that two individuals could be charged with rape based on the words of an anonymous prosecutor, but that this was a fundamental violation of the right to a fair trial. Gradually, such mistakes were eliminated. Mass sexual violence, which was uncommon in the early stages of the Bosnian conflict, has not been repeated, and the international community is beginning to realize that such acts of human dignity, ethnic cleansing in the form of public policy, extend beyond the country and undermine international peace and security.

The Court of Appeals of the Yugoslav Tribunal was somewhat reluctant to accept that Article 2, which covered "serious violations" of the Geneva Conventions, could only be applied in the context of an international armed conflict. At that time (1949), the Geneva Conventions were not so influential, the traditional law was not yet perfect enough to allow the world community to bring to justice the leaders of any country who organized armed uprisings and committed inhumane atrocities. As if to emphasize this chronological error, the Chamber of Appeals argued that most of Article 3, which deals with violations of the laws and customs of war, does not apply to internal armed conflict. He justified this by saying that the perpetrators of the conflict, on behalf of both the state and the rebels, must be held accountable under international law for respecting "fundamental norms of humanity." The International Court of Justice came to the same conclusion in the 1986 Nicaragua-US conflict. Due to the significant conflict between the behavior condemned by the Geneva Convention (Yugoslav Tribunal Charter, Article 2) and the traditional law of war (Yugoslav Tribunal Charter, Article 3), the difference between traditional law is that one declares jurisdiction over another to do has already lost its resilience. Historically, as the Chamber of Appeals has pointed out, there has been a complete contrast between the state of war, which reflects the armed conflict between sovereign states, and the rebels within a sovereign state.

First, international law turned a blind eye to the violation of the territorial integrity of the state, or rather to the civil conflict of the insurgents. It was time to put an end to undesirable conflicts. Thus, "the approach to the sovereignty of the state has been gradually replaced by the approach to the person. The principle that "all laws were created for the benefit of man", which is the basis of Roman law, has also gradually become a permanent reference in the international community. This is based on the fact that the difference between an interstate war and a civil war in the field of armed conflict loses its value as a factor in people's lives. Thus, there was a difference in the approach to the internal armed conflict and the international armed conflict. As it reaches the level of an armed conflict, when

determining the application of international humanitarian law to a special situation, the question immediately arises: is the conflict in question international in nature?

Article 2 of the Geneva Conventions of 1949 states that even if no state of war is declared in one or more of the Parties to the High-Level Treaty, it shall not constitute a declaration of war or any other armed conflict between the parties. international armed conflicts. Such a definition requires that both Parties to the High Level Treaty be brought to a state of military readiness. However, there is a difference between an international conflict and an international one or a conflict involving multiple partner states. After the events of September 11, 2001, when the United States, along with its coalition allies, fought the Taliban and its allies, the conflict in Afghanistan began as an international armed conflict. According to Article 2, this conflict was considered "international" if it was between two or more states. As soon as Hamid Karzai's government came to power, the struggle between the two sovereign states came to an end. According to the Geneva Conventions, the conflict was not considered an international armed conflict at that time, although the troops of many countries remained internationalized due to their involvement in the conflict. Therefore, the application of most of the articles of the Geneva Conventions to this conflict is technically impossible. Whether the conflict was of a domestic or international nature, the key fact was the outbreak of war. It is a kind of war crimes.

In their approach to international armed conflict and non-international armed conflict, experts rightly do not accept a different approach to the elimination of violations in both cases. They note that at a time when two sovereign states are at war with each other and armed violence is taking place "exclusively" in the territory of a sovereign state, and yet these states are reluctant to impose the same prohibitions or provide the same protection, to protect civilians from violence by warring parties. Why ban sexual harassment, torture, and the unjustified destruction of hospitals, churches, museums, or private property, as well as the illegal declaration of weapons that injure innocent people?"¹⁵ If they are banned, then there is no need for a different approach to dealing with the consequences of international and non-international armed conflicts. Another useful feature in the classification of conflicts is conflicts that appear to be non-international armed conflicts because the state's military forces are fighting insurgents or rebel groups, but with significant state intervention. The situation in the former Yugoslavia is an example of this. The armed conflict here began as a classic civil war, with armed confrontation between ethnic groups in Yugoslavia. As a result, however, the union republics, including Bosnia and Herzegovina, declared their independence.

Determining where and when international humanitarian law would be applied was a matter for two special international tribunals to determine. In both the former Yugoslavia and Rwanda, prosecutors have accused individuals of committing war crimes for atrocities far beyond the scope of active hostilities. For example, in one of the general issues raised by the tribunal against the jurisdiction of the tribunal, Tadic argued that the war crimes clauses mentioned in the indictment should be repealed, citing the fact that he did not commit his actions during the armed conflict. Tadic made history at the end of the twentieth century with a lawsuit that defined the scope and principles of international criminal law.

He represents a large section of Bosnian Serbs who are outside the army and who have "fulfilled their obligation" to kill, deport and torture Muslims, and then become the culprits of the society of which they were former members. There is no doubt about Tadic's guilt: he was well known in the town, and the evidence of witnesses who knew him from the Omarska death camp was very close to the truth. He took an active part in ethnic cleansing by arresting Muslim civilians, beating men and boys apart from women and the elderly, and then assisting in the deportation of women and the elderly. He worked part-time as a traffic policeman and, although not a regular soldier, was allowed to roam the nearby Omarska camp, where Muslim men and boys were being held. Here he enjoyed the brutal beating and torture of prisoners. Her name was also mentioned in the atrocities committed in the women's camp of Trnopolje. All indications are that he was a member of the "firing squads" that executed Muslims during this period. Punishment is an example of collective responsibility rather than individual criminal responsibility. This central problem affected the decision of the Chamber of Appeals on 26 January 2000 to sentence Tadic. The chamber had to make concessions to Tadic's criminal activities: "His actions have a small share in the team structure compared to those committed by higher-ranking officials or ideologues and authors of the policy of ethnic cleansing." He was sentenced to a maximum term of twenty years and a minimum term of imprisonment of ten years.

From the point of view of judicial practice, Tadic's case is important in determining the preconditions of international humanitarian law. First of all, there should be an "armed conflict", that is, not "banditry, unorganized, short-lived uprisings or terrorist activities", but a different intense conflict between the organized parties. Second, the prosecution must prove that there is a sufficient link between the charge of a crime against humanity and an armed conflict. Third, when the charge is related to war crimes under the Geneva Convention, it must be further established that the armed conflict is of an international nature and that the victims are persons protected by the Geneva Convention.

The court acquitted Tadic because, according to the evidence in front of them, Milosevic was not the supervisor and commander of the Bosnian Serbs. However, the Chamber of Appeals focused on one issue and stressed that the fact that Milosevic trained his Bosnian Serb allies and provided them with food and ammunition provided sufficient support. This was enough to "internationalize" the conflict, thereby enforcing the "serious offenses" clause of the Geneva Convention. Many of Tadic's crimes were in conflict with the "war customs and traditions" that apply to all armed conflicts, both international and local. While upholding the charges, the Yugoslav Tribunal called for the application of international humanitarian law in a specific situation, referring to the application of international humanitarian law in the event of an armed conflict, as well as the territorial scope of the sanctions imposed. The tribunal concluded that although the Geneva Conventions did not provide for the geographical scope of international armed conflicts, some of the provisions of these conventions were applicable not only in the areas of actual hostilities, but throughout the territory of the parties to the conflict. In particular, the provisions on the treatment of prisoners of war and other hostages of the opposing side have nothing to do with the proximity to the actual war zones.

In general, international legal instruments and literature state that the laws and customs of war apply only to inhumane acts closely related to armed conflict. Various factors have been taken into account by international courts to determine whether the actions of the accused are closely linked to the armed conflict:

- the fact that the perpetrator is a fighter;
- the victim is a protected person under the Geneva Conventions or Annex I Protocol;
- the victim is a member of the armed forces of the opposite party;
- the circumstances of the crime;
- whether the crime was committed with the assistance of the parties to the conflict or in secret;
- and the fact that the crime was committed by officials.

We may appreciate that the Yugoslav Tribunal has made great strides, likening it to a light in a dark tunnel. These are the successes that:

- “Transition from impunity to responsibility”, which until recently was the only judicial crime committed in the context of the Yugoslav conflict, because prosecutors in the former Yugoslavia did not want to commit such crimes at all;
- “Fact-finding”, which contains a large amount of information about the fact that the tribunal has resolved the case and its long-term consequences;
- “Ensuring the justice of thousands of victims and their right to vote”, which represents the majority of witnesses before the court;
- “Achievement in International Law”, which describes the concretization of a number of concepts of international law that are not governed by Nuremberg;
- “Strengthening the Rule of Law”, which discusses the role of the Tribunal in promoting the application of international standards in war crimes in the former Yugoslav republics.

By prosecuting officials convicted of war crimes, the tribunal has shown that no one can escape his crimes by using his official powers, and must be brought to justice. The trials of Milan Martić, President of the Serbian Administration (Croatia), and Radovan Karadžić, President of the Bosnian Serb Administration, and Ratko Mladić should be considered.¹⁶

During the siege of Sarajevo, Bosnian Serb snipers and their agents launched a systematic campaign to deliberately target civilians. A large number of civilians have been killed and injured since April 1992. Deliberate attack on civilians is a violation of the laws or customs of war. The killing and wounding of these civilians by sniper fire is a crime against humanity. Between May 26, 1995, and June 2, 1995, under the leadership and control of Radovan Karadžić and Ratko Mladić, 284 UN peacekeepers were captured in many locations. Radovan Karadžić and Ratko Mladić were charged with violating the laws or customs of war and gross violations of the Geneva Conventions. Between May 24 and August 30, 1992, Serbian forces illegally captured more than 3,000 Bosnian Muslims and Bosnian Croats from the Prijedor region (Bosnia-Herzegovina in northwestern Bosnia and Herzegovina) and detained them in the Keraterm “camp.” Detainees were killed, sexually assaulted, tortured, beaten, and otherwise brutally and inhumane treated at an old ceramics factory and in a warehouse just outside the town of Prijedor. The camp guards and others who came to the camp were regularly subjected to physical violence, constant humiliation, degradation, inhumane treatment, and fear of death. Hundreds of prisoners were killed. Some of the accused were found dead. A room full of at least 140 prisoners was shot dead by machine guns and heavy weapons.

In addition, there were many critics of the tribunal. It was noted that not all of those accused of war crimes were prosecuted, only government officials. However, the number of war criminals was innumerable. The most high-profile case before the tribunal was Milošević and Radovan Karadžić, the leader of Bosnia and Herzegovina. For the first time, the Danish public observed the process of bringing a country’s political leadership to international criminal responsibility. Of course, this can be considered a success of international law.

The international community has adopted two additional protocols to the Geneva Convention in response to changes in the nature of the armed conflict, the dominance of non-international armed conflicts, the movement of the battlefield to densely populated areas, the expansion of civilian participation in armed conflicts and the escalation of guerrilla warfare. Most importantly, Protocol 1 provided a broader definition of international armed conflict, including “armed conflicts in which people exercise their right to self-determination and fight colonial rule, foreign occupiers and racist regimes.” Protocol 2 specifies the minimum provisions of Article 3. Historically, states have been reluctant to adopt legal regulations governing non-international armed conflicts, fearing that opposition or insurgent groups will be legitimized in the first place, and that issues considered as domestic problems will fall into the hands of international charters and investigations. During the drafting of the four Geneva Conventions, representatives of the International Committee of the Red Cross and a number of countries proposed more detailed regulations for non-international armed conflicts. The result of this sharp resistance was a compact 3rd general substance. The following section of Protocol 2 shows that there is a growing public support for the settlement of conflicts that do not fall within the scope of the Geneva Conventions.

Article 8 of the Rome Statute deals with war crimes and states that armed conflict is defined as either international (or between states) or non-international (generally between or between non-state actors such as insurgent groups). is. and non-state actors such as). In total, there are 74 war crimes listed in Article 8. However, the most serious crimes relate only to serious violations of the 1949 Geneva Conventions and only to international conflicts and serious violations of Article 3 of the 1949 Geneva Conventions. years applied to non-international conflicts. The commission of any of the acts prohibited by Article 1 is a war crime and the perpetrators must be brought to justice. In general, according to the authors of research in this field, war crimes, which are considered a special type of international law, have a number of features (violation of the laws and customs of war; accompanied by military violence against civilians and human security; non-compliance; international legal liability for its commission).¹⁷

Conclusion. As a result of the above noted, I can say that war crimes is still one of the challengeable topics of international law. The definition of war crimes raises serious questions of scope and appropriate methods of prosecution. I think that the current study of war crimes combines life-long problems related to the detection, analysis and punishment in international level. In this regard, the proper development of the institution of war crimes justifies the general effectiveness of international law. Recent armed conflicts demonstrate that war crimes get relatively new types and forms. On the other hand, making perpetrators liable is becoming hard due to the political assumptions. And finally, traditional overview of war crimes does not let us to follow crucial rules of international humanitarian law.

I may propose war crimes to be divided into four categories. The two categories are crimes committed during international armed conflicts, and the other two categories are crimes committed during non-international armed conflicts. The fact that acts committed during non-international armed conflicts are also considered war crimes should be seen as a step forward in law. The acts provided for in the international documents as war crimes are mainly those that have been described as serious violations of the Geneva Conventions and their Additional Protocols. At the same time, acts that are not considered as serious violation of international humanitarian law, also may be described as war crimes. For example, the recruitment of children into the armed forces, the resettlement of their citizens in the occupied territories, and the deportation of people from the occupied territories can be studied as war crimes described in international legal instruments. In addition, the use of chemical, bacteriological, nuclear weapons, or unreasonable delays in the repatriation of prisoners of war and civilians, and non-selective attacks to the detriment of civilians and civilian objects, which are considered war crimes, are not reflected in the Statute as war crimes.

The public danger of war crimes is the emergence of an indefinite number of people who choose to earn money in exchange for their participation in military conflicts and operations, which results in the destruction of not only the military forces of the conflicting parties, but also many civilians. Due to the fact that military operations are conducted between the armed forces of the conflicting parties, civilians should not be subjected to any violence in accordance with international law. Violence against civilians is not an acceptable way to win. Civilians should not be involved in hostilities, they should be respected in all cases as well as their rights and freedoms should be ensured. When the security of the civilian population or reasonable military considerations requires it, the occupying power may carry out complete or partial evacuation from a certain area. At the time of such evacuations, wards may be relocated only within the occupied territories. However, this is an exception when it is not possible in practice. Those evacuated in this way must be returned to their places as soon as the fighting in the area is over.

¹ Bassiouni C.M. Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application. USA, New York: Cambridge University Press. 2011. 884 p. P. 138.

² El Zeidy M.M. The principle of complementarity in international criminal law: origin, development and practice. The Netherlands, Leiden: Koninklijke Brill. 2008. 368 p. P. 71.

³ Schabas A.W. War Crimes and human rights: essays on the death penalty, justice, and accountability. UK, London: Cameron May Ltd. 2008. 1158 p. P. 725.

⁴ Schabas A.W. Genocide in international law: the crimes of crimes. 1st edition. UK, Cambridge: Cambridge University Press. 2000. 644 p. P. 31.

⁵ Huseynov L.H. International law. Coursebook. Azerbaijan, Baku: "Ganun" Publishing. 2000. 368 p. P. 210.

⁶ Allahverdiyev A.V. Crimes against humanity in international law. Handbook. Azerbaijan, Baku: "Elm ve tehsil" Publishing. 2017. 376 p. P. 71.

⁷ ICRC IHL Database – Customary IHL. Practice Relating to Rule 156: definition of war crimes. https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ca_rule156

⁸ Bantekas I., Nash S. International criminal law. 3rd edition. UK, Abingdon: Taylor&Francis. 2009. 637 p. P. 495.

⁹ Tobin T.B. True crime in the Civil War: cases of murder, treason, counterfeiting, massacre, plunder and abuse. USA, Mechanisburg: Stackpole Books. 2012. 320 p. P. 240.

¹⁰ Ronald C.S., Beth V. S. International criminal law: the essentials. USA, New York: Aspen Publishers. 2008. 384 p. P. 274.

¹¹ Shepova N.Y. Nuremberg trials: history and modernity. Official website of the Ministry of Defense of Russian Federation http://mil.ru/winner_may/history/more.htm?id=12079489%40cmsArticle

¹² Robertson G.R. Crimes against humanity: the struggle for global justice. UK, London: Penguin Books. 2006. 800 p. P. 199–200.

¹³ Krause J., Ronzitti N. The EU, the UN and collective security: making multilateralism effective. USA, New York: Routledge. 2012. 296 p. P. 59.

¹⁴ Segal M.T., Demos V. Gendered perspectives on conflict and violence. Part A. UK, Bingley: Emerald Group Publishing. 2013. 308 p. P. 201.

¹⁵ Supra note 10. P. 237.

¹⁶ UN ICTY. Milan Martić, Radovan Karadžić and Ratko Mladić indicted along with 21 other accused. The Hague, 25 July 1995 <https://web.archive.org/web/20150414184203/http://www.icty.org/sid/7237>

¹⁷ Aliyev A.I. Azerbaijan in the target of international crimes: legal analysis. Azerbaijan, Baku: "Nurlar" Publishing House. 2018. 170 p., p. 101. http://www.ebooks.az/book_RGZ3Vq17.html

Резюме

Аллахвердієв А.В. Визначення військових злочинів: погляд на судове переслідування міжнародних судових органами.

Стаття присвячена огляду обсягу і застосування міжнародного кримінального переслідування за військові злочини. Хоча термін «військові злочини» не є новим поняттям у міжнародному праві, існують різні підходи для визначення його точних кордонів. Військові злочини завжди розглядаються як одна з основних задач і особливостей, які зводять до мінімуму всю ефективність міжнародного права. Проте, не всі відомі судові переслідування за військові злочини закінчилися успіхом. Сучасний тип міжнародного судового переслідування за військові злочини може бути пов'язаний із військовими трибуналами, створеними після Першої світової війни. Ми повинні розуміти, що, будучи одним із видів міжнародних злочинів проти миру і людства,

військові злочини можуть бути вчинені за межами активного періоду війни. Таким чином, необхідно заново визначити масштаби і предмет військових злочинів. З іншого боку, судове переслідування за військові злочини має вивчатися окремо від інших порушень міжнародного права, зокрема прав людини.

Ключові слова: міжнародне право, міжнародні порушення, військові злочини, судові органи, міжнародні злочини, юрисдикція, суд, міжнародний кримінальний суд, міжнародне гуманітарне право.

Резюме

Аллахвердиев А.В. Определение военных преступлений: взгляд на судебное преследование международных судебных органами.

Статья посвящена обзору объема и применения международного уголовного преследования за военные преступления. Хотя термин «военные преступления» не является новым понятием в международном праве, существуют различные подходы для определения его точных границ. Военные преступления всегда рассматриваются как одна из основных задач и особенностей, сводящих к минимуму всю эффективность международного права. Тем не менее, не все известные судебные преследования за военные преступления закончились успехом. Современный тип международного судебного преследования за военные преступления может быть связан с военными трибуналами, созданными после Первой мировой войны. Мы должны понимать, что, будучи одним из видов международных преступлений против мира и человечества, военные преступления могут быть совершены за пределами активного периода войны. Таким образом, необходимо заново определить масштабы и предмет военных преступлений. С другой стороны, судебное преследование за военные преступления должно изучаться отдельно от других нарушений международного права, в частности прав человека.

Ключевые слова: международное право, международные нарушения, военные преступления, судебные органы, международные преступления, юрисдикция, трибунал, международный уголовный суд, международное гуманитарное право.

Summary

Alovsat Allahverdiyev. Defining war crimes: a look to the prosecution by international criminal judicial bodies.

The article is dedicated to the overview of the scope and application of international prosecution on war crimes. Although the term “war crimes” is not a new concept in international law, different approaches exist in defining the precise limits of it. War crimes are always considered as one of the primary challenges and peculiarities minimizing the whole efficiency of international law. Nevertheless, not all known prosecutions on war crimes ended with success. In traditional international law war crimes are always related to military or armed conflicts what may be international or non-international conflict. History of international humanitarian law demonstrates that almost all of the military conflicts were associated with war crimes. However, international law was not able to build up strong judicial mechanisms for the prosecution of war crimes for a long time. Modern type of international prosecution over war crimes can be linked to military tribunals established after World War I. At the same time, we should not forget that most of war crimes committed before and during WWI still remain unpunished. These problems demand new conceptual approach to the understanding of war crimes as well as methodology of international prosecution. We know that first military tribunals were of quasi-international character. Although modern international law contains fully international military tribunals, still there are a lot of cases of failure to punish war crimes. We need to understand that being a type of international crimes against peace and humanity, war crimes can be committed outside the active period of war. Thus, there is a need to re-define again the scope and subject matter of war crimes. On the other hand, prosecution of war crimes should be studied apart from other international law violations, human rights in particular.

Key words: international law, international violations, war crimes, judiciary, international crimes, jurisdiction, tribunal, international criminal court, international humanitarian law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.85

УДК 341.171: 341.24

О.В. БАЗОВ

*Олександр Вікторович Базов, кандидат юридичних наук, докторант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-5763-1653

ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ СПЕЦІАЛІЗОВАНОГО СУДУ ПО КОСОВУ

Постановка проблеми. У сучасних умовах активного розвитку системи міжнародного кримінального правосуддя від Нюрнберзького і Токійського воєнних трибуналів та згодом – міжнародних кримінальних трибуналів по колишній Югославії та Руанді у полі зору науки міжнародного права перебувають міжнародні кримінальні судові органи так званої «нової хвилі», або «третього покоління», дослідження правових і інституційних засад яких становить значний науковий та практичний інтерес. До зазначених судових органів слід віднести і спеціалізований суд щодо розслідування воєнних та інших міжнародних злочинів, що були вчинені на території колишньої СФРЮ в Косові в 90-х рр. ХХ ст. під час збройного конфлікту, жертвами якого стала велика кількість громадян, більшість із яких – цивільні особи. Оскільки зазначений Суд було утворено за активної

© О.В. Базов, 2020

* *Olexandr Bazov, Ph.D. in Law, Doctoral Candidate of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

участі ООН, Ради Європи, Європейського Союзу та окремих держав з метою встановлення миру й безпеки як в Європі, так і всьому світі, та притягнення до відповідальності міжнародних злочинців, питання правових та інституційних засад його утворення і діяльності викликають великий науковий і практичний інтерес.

Наукова новизна результатів дослідження полягає в тому, що комплексне дослідження правових і інституційних засад утворення та діяльності цього спеціалізованого суду по Косову в Україні здійснюється вперше. При цьому у дослідженні йдеться про утворення та діяльність судової установи, що вперше утворена Європейським Союзом з метою притягнення до відповідальності «переможців» – колишніх керівників так званої «Армії визволення Косова (УÇК)», яких так і не було засуджено під час діяльності Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (МКТЮ) за вчинення воєнних злочинів, злочинів проти людяності та інших міжнародних злочинів у Косові.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Оскільки спеціалізований суд по Косову було утворено у 2015 р. та лише 24 червня 2020 р. було висунуто обвинувачення у вчиненні міжнародних злочинів першим десяти особам, серед яких і президент Косова Хашим Тачі, питання правових та інституційних засад діяльності цього Суду в науці міжнародного права, на наш погляд, досліджено не достатньо. Лише окремих аспектів цієї проблематики торкалися такі дослідники, як А. Ауст, К. Амбос, А. Бальсамо, Д. Марті, М. Буроменський, К. Вільямсон, К. Дель Понте, Р. Мухарремі, Ч.Л. Сміт, Г. Шинкарецька, Т. Хартлей, Дж.К. Уільямсон та ін. Вагому роль відіграють дослідження цієї проблеми з боку міжнародних організацій, зокрема ООН, Ради Європи, Європейського Союзу. Особливо звертає на себе увагу Доповідь Ради Європи «Жорстоке поводження з людьми і незаконна торгівля людськими органами в Косові», та публікації колишньої прокурорки МКТЮ, посла Швейцарії в Аргентині Карли Дель Понте, в яких вона звинувачує колишніх ватажків УÇК у вчиненні масових міжнародних злочинів у Косові та Албанії. Зокрема, про це йдеться в її книзі «Палювання. Я та воєнні злочинці» (2008 р.).

Формулювання мети статті. З урахуванням наведеного метою статті є дослідження правових і інституційних засад утворення та діяльності спеціального суду щодо розслідування воєнних злочинів, злочинів проти людяності та інших міжнародних злочинів, що були вчинені на території Косова, а також Албанії, який займає особливе місце в системі міжнародного кримінального правосуддя з огляду на специфічні особливості його утворення й діяльності, формування його міжнародного і національного компонентів.

Виклад основного матеріалу. Спеціалізований суд щодо розслідування воєнних та інших міжнародних злочинів, що були вчинені на території Косова (офіційна назва – *Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office*), що в подальшому буде використовуватись під назвою «Спеціалізований суд по Косову» (назва, яка використовується також для позначення Спеціалізованих палат і Спеціалізованої прокуратури та Віддаленого спеціалізованого суду Косова), є одним із видів міжнародних контамінованих (гібридних) кримінальних судових органів «нової хвилі», або «третього покоління». Юридична природа Спеціалізованого суду по Косову відображає міжнародно-правові обставини його утворення та діяльності, порядок формування його міжнародного і національного компонентів.

Утворення цього Суду відбулося в умовах, коли Рада Безпеки ООН з урахуванням вимог Статуту ООН¹ не прийняла рішення щодо нового статусу Косова після оголошення 17 лютого 2008 р. її парламентом в односторонньому порядку рішення про незалежність і формування суверенної держави, що не було визнано в Республіки Сербії, відповідно до конституції якої автономний край Косово і Метохія є невід'ємною частиною цієї держави, питання боротьби із міжнародною злочинністю на території Косова, особливо під час збройного конфлікту у 90-х рр. ХХ ст., залишається важливою міжнародно-правовою проблемою. Ця проблема набула особливого загострення після оприлюднення у 2011 р. Доповіді Ради Європи «Жорстоке поводження з людьми і незаконна торгівля людськими органами в Косові». Не сприяв остаточному вирішенню проблеми щодо міжнародно-правового статусу Косова і Консультативний висновок Міжнародного суду ООН від 22 липня 2008 р. за зверненням Генеральної Асамблеї ООН щодо законності проголошення незалежності Косова від Сербії, яким було створено певний прецедент для невизнаних державних утворень у світі. Застереження окремих учасників міжнародно-правового процесу щодо визначення статусу Косова як «виняткового випадку, який не може бути використаний в аналогічних ситуаціях», ще раз звертає увагу на необхідність дотримання норм і принципів міжнародного права. При цьому слід звернути увагу на те, що у цьому Консультативному висновку, який не має обов'язкового характеру, Міжнародний суд ООН дав міжнародно-правову оцінку лише декларації незалежності, обмовившись, що він не розглядав в широкому плані питання про право Косова на відділення від Сербії в односторонньому порядку².

В умовах, коли Республіка Сербія об'єктивно не має можливості здійснювати ефективне управління на території Косова і Метохії, а Республіка Косово не отримала остаточного міжнародного визнання, вирішення проблеми боротьби із злочинами проти міжнародного права, масштаби вчинення яких здивувало міжнародне співтовариство, стало справою таких міжнародних організацій, як ООН, Рада Європи, НАТО та Європейський Союз, а також окремих країн. Оскільки остаточного вирішення проблеми притягнення до відповідальності осіб за вчинення міжнародних злочинів на території Косова не відбулося в рамках діяльності Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії, характерною ознакою органів правосуддя у сфері боротьби із міжнародною злочинністю стало їх утворення за активної участі міжнародного співтовариства, зокрема й у формі змішаних кримінальних судових органів, що мають як національний, так і міжнародний компоненти.

Необхідність у міжнародному компоненті у сфері правосуддя в Косові, насамперед у міжнародних судях та прокурорах, стала очевидною протягом перших декількох місяців діяльності Місії Організації Об'єднаних Націй у справах Тимчасової адміністрації в Косові (UNMIK), не зважаючи на те, що на її територію було введено військовий контингент НАТО KFOR, та Косово, відповідно до резолюції 1244 (1999) Ради Безпеки ООН від 10 червня 1999 р.³, перейшло під управління ООН. Місією ООН (UNMIK) було здійснено важ-

ливні заходи щодо формування системи перехідного правосуддя в Косові, зокрема у сфері утворення нових судових органів та укомплектування судів новими косовськими суддями і прокурорами. Проте швидко стало зрозуміло, що така судово-правова система не в змозі неупереджено розглядати справи про воєнні злочини та міжетнічні злочини⁴. Місія ООН визнала необхідність запровадження міжнародного компоненту в косовську систему правосуддя, оскільки в Косові лише за участі міжнародних суддів та прокурорів існує можливість забезпечити неупереджене та об'єктивне розслідування вчинених міжнародних злочинів, надійний нейтралітет суду в кримінальних процесах. Тому в ситуації, яка не терпіла зволікань та без відповідних переговорів про спеціальний договір між Організацією Об'єднаних Націй і національним урядом, з метою притягнення до кримінальної відповідальності осіб, причетних до вчинення тяжких міжнародних злочинів, Місією ООН в Косові (UNMIK) було утворено змішані судові колегії шляхом прийняття спеціальних рішень Місії ООН.

Таким чином, правові засади розміщення міжнародних суддів та прокурорів у Косові регламентуються згідно з резолюціями Ради Безпеки ООН та відповідними рішеннями Місією ООН (UNMIK). Зокрема, правовою основою діяльності судових колегій на території Косова є: резолюція 1244 (1999) Ради Безпеки ООН від 10 червня 1999 р., розпорядження Місії ООН у справах Тимчасової адміністрації в Косові (UNMIK) № 1999/1 від 25 липня 1999 р. «Про орган Тимчасової адміністрації в Косові», розпорядження UNMIK № 2000/6 від 15 лютого 2000 р. «Про призначення і відсторонення від посад міжнародних суддів і міжнародних прокурорів»⁵, розпорядження UNMIK № 2000/64 від 15 грудня 2000 р. «Про залучення до судового розгляду міжнародних суддів/прокурорів та/або зміну місця розгляду справи»⁶, розпорядження UNMIK № 2001/20 від 19 вересня 2001 р. «Про захист жертв злочинів та свідків в кримінальному процесі», розпорядження UNMIK № 2001/21 від 20 вересня 2001 р. «Про взаємодію зі свідками в кримінальному процесі», розпорядження UNMIK № 2003/26 від 6 липня 2003 р. про «Тимчасовий Кримінально-процесуальний кодекс Косова»⁷. На будь-якій стадії кримінального судочинства компетентний обвинувач, обвинувачений або адвокат мав право звернутись з клопотанням до Департаменту по судовим справам Косова про призначення міжнародних суддів або прокурорів, а також про зміну місця розгляду справи, якщо такі дії вважалися необхідними для забезпечення незалежності та неупередженості здійснення правосуддя. У свою чергу, Департамент по судовим справам Косова представляв Спеціальному представнику Генерального секретаря ООН відповідну рекомендацію щодо залучення до процесу міжнародних суддів та/або прокурорів, або зміни місця розгляду справи. У випадку затвердження Спеціальним представником Генерального секретаря ООН такої рекомендації Департамент по судовим справам призначав: (а) міжнародного прокурора; (б) міжнародного слідчого суддю, або (с) палату, яка складалася із трьох суддів, один із яких – косовський суддя, а два інші були міжнародними суддями. Таким чином, міжнародні судді становили більшість в палаті, при цьому головуючим суддею призначався один із міжнародних суддів. Одночасно з цим Спеціальний представник Генерального секретаря ООН наділявся правом призначати та відставляти міжнародних суддів і прокурорів, а також затверджувати їх участь в конкретних процесах на будь-якій стадії судового процесу в будь-якому суді та прокуратурі, що територіально віднесені до Косова. Таким чином, Спеціальний представник наділявся правом розсуду. Як правило, таке право розсуду найчастіше застосовувалось під час розгляду справ про військові злочини, злочини геноциду та злочини, пов'язані з викраденням людей, а також стосовно організованої злочинності. При здійсненні правосуддя такі суди застосовували національне право Косова, в якому, проте, були відсутні положення про злочини проти людяності або про командну відповідальність⁸.

У Косові участь міжнародного компоненту у справах про серйозні порушення прав людини підвищило легітимність процесів як для місцевих жителів, так і для міжнародного співтовариства⁹. Тим не менше, випадок із Косовом продемонстрував, що такі контаміновані суди не повинні стати на заміну міжнародному правосуддю. Скоріш, використання гібридних судів у Косові передбачає, що такі суди можуть бути необхідним доповненням для міжнародного кримінального трибуналу.

На необхідність посилення міжнародного компоненту у сфері судового захисту прав особи та притягнення до відповідальності міжнародних злочинців зверталась увага Місії ООН у Косові, зокрема про це йдеться у Листі Генерального секретаря ООН на ім'я голови Ради Безпеки ООН від 7 жовтня 2005 р., в якому він звертає увагу на слабкість судової системи Косова та рекомендує залишити міжнародних суддів і прокурорів для розгляду справ щодо найтяжчих злочинів, а також організованої злочинності, корупції та міжетнічних ситуацій¹⁰. У 2008 р. Рада Безпеки ООН оголосила, що Місія ООН (UNMIK) змінить формат своєї міжнародної цивільної присутності в Косові, і що Європейський Союз візьме на себе відповідальність у сфері верховенства права, Місія якого з верховенства права в Косові (EULEX) була створена Спільним рішенням Ради ЄС 2008/124/CFSP ще 4 лютого 2008 р., згідно з п. 3 (d) якого було передбачено «належне розслідування, обвинувачення, судовий розгляд і виконання рішень щодо воєнних злочинів, тероризму, організованої злочинності, корупції, міжетнічних злочинів, фінансових/економічних злочинів та інших серйозних злочинів відповідно до застосовного законодавства, включаючи у відповідних випадках залучення міжнародних слідчих, прокурорів та суддів...». Місія ЄС EULEX взяла на себе обов'язки, викладені в Резолюції Ради Безпеки ООН 1244 у грудні 2008 р. і почала повноцінне функціонування у квітні 2009 р. Після 2008 р. мандат EULEX поновлювався кожні два роки.

Місія ЄС з верховенства права EULEX була організована навколо трьох основних сфер, визначених у Спільному рішенні Ради ЄС 2008 р., а саме – поліція, судова система та митниця. Прокурори і судді EULEX діють в тих самих судах, де діляти органи UNMIK (муніципальні суди, окружні суди, суди першої інстанції, апеляційний суд і Верховний Суд). Справи про воєнні та інші міжнародні злочини розглядаються в одному з п'яти окружних судів Косова, а також змішаними колегіями суддів, де більшість становили міжнародні судді, головуючими також були міжнародні судді.

Утворення Спеціалізованого трибуналу по Косову для розслідування тяжких міжнародних злочинів, у вчиненні яких проти національних меншин і політичних супротивників у 90-х рр. XX ст. підозрюються передусім колишні керівники Армії визволення Косова, із розміщенням в Гаазі (Нідерланди) та окремих підрозділів у Косові, було ініційовано Європейським Союзом у рамках «контрольованої незалежності Косова» після розгляду в Раді Європи у 2011 р. Доповіді «Жорстоке поводження з людьми і незаконна торгівля людськими органами в Косові», підготовку якою Радою Європи була зумовлено твердженнями колишньої прокурорки МКТЮ Карли Дель Понте щодо вчинення масових злочинів проти міжнародного права в Косові¹¹. У своїх мемуарах Карла Дель Понте докладно розповіла про викрадення представниками так званої «Армії визволення Косова» сотень етнічних сербів, ромів та нелояльних цьому угрупованню албанців, яких бойовики УЅК утримували у в'язницях Косова та Албанії. За її словами, ці полонені особи ставали жертвами вбивств та серйозних знущань, у яких згодом вирізали нирки та серце. Органи жертв жажливих міжнародних злочинів злочинці продавали в Європі, Ізраїлі та Туреччині. При цьому викрадені особи, у яких на початку вирізали одну нирку, утримувались до моменту замовлення від наступного клієнта, якому віддавалась їх друга нирка. На околицях Буреля в Албанії прокурор Карла Дель Понте з комісією розшукала будівлю, де проводились зазначені «медичні маніпуляції» з жертвами. На місці були виявлені речові докази таких жажливих операцій, проте МКТЮ не довів до логічного завершення розслідування, оскільки, за свідченнями колишньої судді Окружного суду в Приштіні Даниці Маринкович, співробітники Місії ООН у справах Тимчасової адміністрації в Косові (UNMIK), котру очолював на той момент майбутній міністр закордонних справ Франції Бернар Кушнер, завадили завершити розслідування злочинів косовських албанців¹².

З метою перевірки зазначених звинувачень Карли Дель Понте у 2008 р. Рада Європи розпочала офіційне розслідування міжнародних злочинів у Косові. Наприкінці розслідування у 2010 р. на чолі з доповідачем з прав людини швейцарським сенатором та колишнім прокурором Діком Марті була опублікована відповідна доповідь¹³, так званий «Звіт Марті», в якій стверджувалося, що колишні лідери Армії визволення Косова були причетні до організованого злочинного угруповання, що займалася викраденнями та вбивствами людей, в торгівлі людьми та людськими органами. За матеріалами цього Звіту як донорів використовували цивільних і військовополонених сербів та інших осіб. У цій доповіді Ради Європи було встановлено, що дослідницька місія Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії в Албанії була поверховою, а рівень її професіоналізму викликав «здивування». Більш того, зазначається, що юрисдикція МКТЮ обмежувалася дослідженнями злочинів, вчинених до червня 1999 р., і він не мав повноважень проводити розслідування злочинів в Албанії без згоди албанських органів державної влади.

Доповідь Марті була затверджена Резолюцією Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1782 від 25 січня 2011 р.¹⁴. ПАРЄ заявила, що «незаконний обіг людських органів сьогодні представляє собою виключно серйозну проблему в усьому світі та відкрито протирічить самим основним стандартам прав людини та гідності». І хоча деякі конкретні докази вищезазначеної та іншої злочинної діяльності вже існували ще на початку десятиліття, зокрема, знищення Армією визволення Косова культурної спадщини та релігійних православних святинь Сербії¹⁵, вбивства, насильницькі зникнення, незаконне утримання, сексуальне насильство і нелюдське поводження¹⁶, саме після прийняття відповідної резолюції Європейський Союз та його Місія EULEX розпочали розслідування.

Під тиском міжнародного співтовариства 8 серпня 2015 р. Асамблея (парламент) Косова змінила Конституцію Республіки Косово¹⁷ задля створення спеціального кримінального механізму для Косова – Спеціалізованих судових палат Косова (KSC), та спеціалізованої прокуратури – Спеціальну прокуратура (SPO). У той же день парламент цієї невизнаної республіки прийняв спеціальний Закон про спеціалізовані палати та спеціальну прокуратуру¹⁸, відповідно до якого предметна юрисдикція Палат поширюється на міжнародні злочини, що були зазначені в Резолюції № 1782 Парламентської Асамблеї Ради Європи. За попередніми даними, до кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочинів, злочинів проти людяності та інших злочинів може бути притягнуто десятки колишніх керівників УЅК, окремі з яких сьогодні становлять політичну еліту Косова, серед яких – президент Косова Хашим Тачі, спікер парламенту Косова Кадрі Веселі, колишній прем'єр-міністр Косова Рамуш Харадінай, колишній командувач УЅК Назіф Мехметі, керівники військових підрозділів УЅК Рустем Мустафа Ремі, Самі Луштаку та ін. Зокрема, 24 червня 2020 р. Спеціалізованим судом по Косову було висунуто обвинувачення у вчиненні міжнародних злочинів першим десяти ватажкам УЅК, серед яких і президент Косова Хашим Тачі, Як відомо, Рамуша Харадіная раніше за вчинення міжнародних злочинів на території колишньої Югославії вже було засуджено МКТЮ, але тоді обвинувальний вирок щодо нього не було підтримано апеляційною інстанцією МКТЮ.

Отже, основними документами щодо створення та діяльності Спеціалізованих палат та Спеціалізованої прокуратури є відповідні резолюції і рішення Ради Безпеки ООН, Ради Європи, Європейського Союзу, а також Конституція Республіки Косово, Закон Республіки Косово про спеціалізовані палати та спеціальну прокуратуру та інші нормативно-правові акти Косова. Також важливим є обмін листами між президентом Косово та Верховним представником ЄС від 14 квітня 2014 р., ратифікованими Косовом в якості міжнародної угоди між Косово та Європейським Союзом¹⁹. Конституційний суд самопроголошеної республіки дійшов висновку, що зміни до Конституції впливають із цієї міжнародної угоди між Косово та ЄС²⁰. Виникає сумнів, чи обмін листами між Косово та Верховним представником ЄС являє собою міжнародний договір. Відповідно до ст. 6 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р.²¹ саме держава наділена правоздатністю укладати міжнародні договори, а ст. 6 Віденської конвенції про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р.²² передбачає, що правоздатність міжнародної організації укладати договори регулюється правилами цієї організації. Статус президента самопроголошеної республіки та його повноваження щодо права укладати міжна-

родні договори є дискусійним питанням, так і Верховний представник ЄС не наділений повноваженнями укладати такі договори, адже відповідно до законодавства Європейського Союзу правом укладати міжнародні договори наділена Рада ЄС²³. Оскільки ст. 7 Віденської конвенції про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями відображає звичаєве міжнародне право, сторони мали вчинити відповідні дії щодо отримання відповідних повноважень. Згідно зі ст. 8 Віденської конвенції 1986 р. акт, що стосується укладення договору, здійснений особою, яка не може на основі ст. 7 вважатися уповноваженим представляти державу або міжнародну організацію з цією метою, не має юридичного значення, якщо він згодом не підтверджений даною державою або міжнародною організацією. Ратифікація міжнародного договору зазвичай має на увазі таке підтвердження, що згодом надає договору юридично обов'язковий характер²⁴.

Республіка Косово ратифікувала обмін листами як міжнародний договір та опублікувала його у вигляді міжнародного договору. Верховний представник ЄС діяв *ultra vires* без дозволу Ради ЄС. У подальшому зазначені листи не були «підтверджені» Радою ЄС та опубліковані як міжнародний договір Європейського Союзу. А відповідно до частини третьої ст. 46 Віденської конвенції 1986 р. недійсність договору впливає з порушення, що є явним, якщо воно буде об'єктивно очевидним для будь-якої держави або будь-якої міжнародної організації, яка веде себе в цьому питанні відповідно до звичайної практики держав і, у відповідних випадках, міжнародних організацій, та добросовісно. Слід звернути увагу на те, що хоча ЄС і не підписав Віденську конвенцію 1986 р., Суд ЄС постановив, що положення даної Конвенції, що відображають звичаєве міжнародне право, є обов'язковими для ЄС²⁵.

Застосовне право Спеціалізованих судових палат Косова та Спеціальної прокуратури полягає в застосуванні під час здійснення правосуддя як звичаєвого міжнародного права та міжнародних документів з прав людини, «які встановлюють стандарти кримінального правосуддя, включаючи Європейську конвенцію про захист прав і основоположних свобод та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права», третім виступає спеціальний закон про спеціалізовані палати, так і правові акти Республіки Косово. Посилання на міжнародне звичаєве право передбачене у такому всеосяжному вигляді та охоплює всі злочини за міжнародним правом задля здійснення правосуддя за вчинення злочинів, що були вказані в Доповіді Ради Європи. Необхідно звернути увагу, що Конституція Косова передбачає пріоритет звичаєвого міжнародного права над національним законодавством. Таким чином, судді Спеціалізованого суду по Косову під час здійснення судочинства можуть безпосередньо застосовувати міжнародне право та практику міжнародних кримінальних трибуналів. Проте при призначенні покарання судді повинні керуватися законом Косова, що діяв на момент вчинення відповідного злочину.

Нормативно-правову базу Спеціалізованого суду по Косову становлять також як Конституція Косова, Закон Косово про Спеціалізовані палати та Спеціалізовану прокуратуру, так і Правила і процедури доказування, прийняті судьями в серпні 2017 р. Слід звернути увагу на те, що за Угодою з приймаючою стороною, якою відповідно є держава Королівство Нідерландів та Косово, приймаюча держава допускає лише тимчасове тримання під вартою підозрюваних та розміщення свідків. Тому покарання засуджені особи повинні будуть відбувати за межами території Нідерландів²⁶.

Спеціалізовані палати наділені *предметною юрисдикцією* відносно злочинів проти людяності та воєнних злочинів за міжнародним правом та злочинів за законами Косова в тій мірі, в якій це стосується Звіту Марті, а також деяких злочинів за національним кримінальним правом Республіки Косово відносно його офіційних та посадових осіб. До таких злочинів, наприклад, відносяться неправдиві заяви під присягою (ст. 391 Кримінального кодексу Республіки Косово), протидія для дачі показів (ст. 394), залякування в ході кримінального процесу (ст. 395), фальсифікація документів (ст. 398)²⁷.

Територіальна юрисдикція передбачає злочини, що були розпочаті чи скоєні в Косові. Такий подвійний аспект територіальної юрисдикції дозволить здійснити судове переслідування за злочини, що мають транскордонний зв'язок, наприклад, з Албанією, що буде сприяти судовому переслідуванню за ймовірні злочини відповідно до Звіту Марті.

Часова юрисдикція охоплює період часу з 1998 по 2000 рік включно. Цей період часу явно розповсюджується на завершення конфлікту 10 червня 1999 р. і, таким чином, також дозволяє враховувати наслідки конфлікту та результати діяльності Місії Організації Об'єднаних Націй у справах Тимчасової адміністрації в Косові. Однак чітке закріплення дати завершення часової юрисдикції представляє проблему судового переслідування за деякі вчинені злочини на території Республіки Косово.

Спеціалізований суд по Косову (або Віддалений спеціалізований суд Косова) формально виступає невід'ємною частиною косовської судової системи, який здійснює свою діяльність за межами Косова. Спеціалізовані палати та Спеціалізована прокуратура є невід'ємною частиною косовської судової системи і мають місцезнаходження як у Гаазі (Нідерланди), так і в Косові. Відповідно до ст.ст. 3 та 10 спеціалізованого Закону Палати прикріплені до кожного рівня національної судової системи, включаючи суд першої інстанції Основний суд Приштини, Апеляційний, Верховний та Конституційний суди. Проте вони здійснюють правосуддя незалежно від судів Косова та в питаннях, що стосуються одночасної юрисдикції з іншими судами Республіки Косово, то в межах своєї юрисдикції Спеціалізовані палати мають пріоритет над всіма національними судами.

Місцезнаходження Спеціалізованих судових палат Косова, а також Спеціальної прокуратури в Нідерландах обумовлено тим, що з моменту ініціювання їх утворення було очевидно, що такий спеціальний судовий механізм має знаходитись поза територією Косова для забезпечення незалежності та безпеки судових процесів. Як нами зазначалось, МТКЮ намагався розслідувати злочини Армії визволення Косова, проте всі намагання не отримали реальних здобутків у вигляді обвинувальних вироків. На нашу думку, це пов'язано в тому числі і з несприятливими умовами розслідування злочинів на косовській території та на території

Албанії. Розслідування мали ознаки систематичного та поширеного впливу на свідків. Так, наприклад, у справі *МКТЮ щодо Харадіная та інших*²⁸ повідомлялося, що дев'ять допустимих свідків були вбиті під час розслідування²⁹.

Місія ЄС з верховенства права в Косові, у межах Спільної політики безпеки і оборони ЄС, відповідає за призначення суддів, прокурорів та керівника секретаріату Спеціалізованого суду. Спеціалізовані судові палати Косова, а також і Спеціалізована прокуратура укомплектовані виключно міжнародними прокурорами та повністю міжнародними посадовими особами, що призначаються ЄС. Судді також являються винятково міжнародними та призначаються головою Місії ЄС у Косово за рекомендацією комісії з відбору суддів. Такий самий порядок застосовується для призначення президента Спеціалізованих судових палат Косова, якою в січні 2017 року стала Катерина Трендафілова, відома болгарська вчена та досвідчена міжнародний суддя. Суддями Спеціалізованого суду по Косову стали представники Великобританії, США, Бельгії, Франції, Німеччини, Італії, Ірландії, Канади, Нідерландів, Чехії, Швейцарії і Естонії. Важливі функції органу контролю за незалежністю та недоторканністю суддів, а також щодо затвердження методу відбору і розподілу судових справ виконує Асамблея суддів EULEX.

Слід зазначити, що Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Косово (ст. 53) надає всім обвинуваченим право на підтримку адвоката протягом усього кримінального провадження.

У законі про Спеціалізовані палати та у Правилах процедури і доказування визначена комплексна система захисту свідків. Проте, діяльність Департаменту захисту свідків Косова, що розпочав свою діяльність лише у 2014 р., з урахуванням самогубства свідка воєнних злочинів та злочинів проти людяності Агіма Зогає, потребує подальшого вдосконалення. Фінансування діяльності Суду здійснюється цілком за рахунок гранту через бюджет Спільної політики безпеки та оборони Європейського Союзу, а також інших держав, зокрема США, Канаду, Туреччину, Норвегію та Швейцарію.

Оскільки вищезазначені міжнародно-правові основи діяльності вказаного Спеціального суду по Косову в повній мірі відповідають нормам міжнародного права, зазначений Суд, на нашу думку, є міжнародним кримінальним судовим органом, хоча формально і входить до судової системи Республіки Косово, міжнародно-правовий статус якої потребує свого вирішення. У зв'язку з цим, слід звернути увагу на тому, що Комісія міжнародного права ООН визначила, що в сучасному праві під терміном «міжнародний кримінальний суд» розуміється «компетентний, неупереджений та незалежний суд або трибунал, створений відповідно до закону у відповідності з правом обвинуваченого бути судимим таким судовим органом, який визнається в Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (п. 1 ст. 14). Крім того, цей термін необхідно розуміти як такий, що визначає суд, створений за підтримки міжнародного співтовариства».

Висновки. Спеціалізований суд по Косову з місцезнаходженням за межами Косова в Гаазі (Нідерланди) та з ексклюзивною участю міжнародних суддів і прокурорів є важливою формою міжнародного кримінального правосуддя. Зазначений Суд, в утворенні правових та інституційних засад якого брали участь ООН, Рада Європи, Європейський Союз та окремі держави, а також Республіка Косово, є не просто інтернаціоналізованим кримінальним судом зі складним правовим ландшафтом. Даний Суд уособлює в собі одну із необхідних можливостей добитися справедливого правосуддя в Косові. Адже історія міжнародного кримінального правосуддя в Косові показала, що ефективність судового переслідування злочинців за вчинення міжнародних злочинів залежить насамперед від його міжнародно-правового та фінансового забезпечення, що надається міжнародним співтовариством та окремими державами, а також бажання окремих держав вести боротьбу із воєнними злочинами, злочинами проти людяності та іншими злочинами. Проте в світлі останніх подій видається сумнівною внутрішня підтримка такої боротьби з боку керівників цієї республіки. Парламентські вибори 2017 р. зміцнили позиції декількох відомих лідерів Армії визволення Косова, які займають на сьогоднішній день керівні посади, а головний обвинувачений у «Звіті Марті» Хашим Тачі, офіційне звинувачення якому було Спеціалізованим судом по Косову висунуто 24 червня 2020 р., залишається президентом Республіки Косово, що об'єктивно створює перешкоди для судового переслідування міжнародних злочинців. Більше того, в той час як Спеціалізовані палати та Спеціалізована прокуратура укомплектовані та працюють, депутати правлячої коаліції Республіки Косово вже декілька разів намагалися відмінити Закон про створення зазначених палат.

Вважаємо, що хоча Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії завершив свою юрисдикційну діяльність, а Спеціалізований суд по Косову з певними труднощами її розпочинає, історія притягнення до відповідальності осіб за вчинені міжнародні злочини на території Косова, незалежно від посадового становища злочинців, ще далека від свого завершення. На наш погляд, ще рано оцінювати діяльність Спеціалізованого суду по Косову. Вважаємо, що якщо зазначений Суд забезпечить ефективну діяльність щодо притягнення до відповідальності та покарання осіб, які вчинили міжнародні злочини на території Косова та Албанії, він надасть відчуття справедливості, передусім для потерпілих, та відчуття ефективної дії верховенства права.

¹ Статут ООН. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010

² Консультативне заключення Международного Суда ООН о законности провозглашения независимости Косово от 22 июля 2008 г. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files141/15987.pdf>

³ Резолюція 1244 (1999) Ради Безпеки ООН від 10 червня 1999 року. Документ ООН S/RES/1244 (1999), 10 June 1999.

⁴ Wendy S. Betts, Scott N. Carlson and Gregory Gisvold, The Post-Conflict Transitional Administration of Kosovo and the Lessons Learned in Efforts to Establish a Judiciary and the Rule of Law, 22 Mich. Journal of International Law. 371 (2001).

⁵ Про призначення і відсторонення від посад міжнародних суддів і міжнародних прокурорів: розпорядження UNMIK № 2000/6 від 15 лютого 2000 р. Див.: Документ ООН S/2000/177. Add. 2, 28 March 2000 // UNMIK/REG/2000/6, 15 February 2000.

⁶ Про залучення до судового розгляду міжнародних суддів/прокурорів та/або зміну місця розгляду справи: розпорядження UNMIK № 2000/64 від 15 грудня 2000 р. Див.: Документ ООН S/2001/218/Add.1, 26 March 2001// UNMIK/REG/2000/64, 15 December 2000.

⁷ Розпорядження UNMIK № 2003/26 від 6 липня 2003 р. про «Тимчасовий Кримінально-процесуальний кодекс Косова». Див.: UNMIK/REG/2003/26 [Electronic resource] / UN Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK). – Electronic data (1 file): – unmikonline.org/regulations/unmikgazette/02english/%20E2003regs/RE2003_26.%20pdf

⁸ J. Cerone and C. Baldwin, in C.P.R. Romano, A. Nollkaemper and J.K. Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals* (2004), P. 41–42.

⁹ Див.: March 2002 OSCE Report, *supra* note 16.

¹⁰ Див.: Лист Генерального секретаря ООН від 7 жовтня 2005 р. S/2005/635.

¹¹ Carla Del Ponte, Prosecutor of the ICTY, Statement on the Investigation and Prosecution of Crimes Committed in Kosovo (Sept. 29, 1999).

¹² C. Del Ponte/C. Sudetic, *Madame Prosecutor: Confrontations with Humanity's Worst Criminals and the Culture of Impunity*, 2008.

¹³ Council of Europe Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, AS/Jur (2010) 46 of 12.12.2010.

¹⁴ Розслідування повідомлень про нелюдське поводження з людьми та незаконний обіг людських органів в Косові: резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1782 від 25 січня 2011 р.

¹⁵ Maniscalco, Fabio (2006). *The Loss of the Kosovo Cultural Heritage*. Webjournal, vol. 2.

¹⁶ Kosovo: Rape as a Weapon of Ethnic Cleansing. Human Rights Watch. 1 March 2000, D1203. URL: refworld.org/docid/3ае6а87а0.html

¹⁷ Amendment to the Constitution of the Republic of Kosovo. Law of Kosovo No. 05-D-139 of 3.8.2015. URL: gzk.rks-gov.net

¹⁸ Закон Республіки Косово про спеціалізовані палати та спеціальну прокуратуру. Law of Kosovo No. 05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutors Office. Режим доступу: gzk.rks-gov.net

¹⁹ Обмін листами між президентом Республіки Косово та Верховним представником ЄС від 14 квітня 2014 р., рафікованими Косовом в якості міжнародної угоди між Республікою Косово та Європейським Союзом. Law of Kosovo No. 04/L-274.

²⁰ Judgment Constitutional Court of Kosovo in Case No. KO26/(note54), 37.

²¹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118

²² Віденська конвенція про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_a04

²³ T. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, 2010.

²⁴ A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*. P. 73.

²⁵ Judgment of the Court of Justice of the European Communities, June 16, 1998, A, *Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz*.

²⁶ Угода між Королівством Нідерландів та Республікою Косово щодо прийняття в Нідерландах Віддаленого спеціалізованого суду Косова від 15 лютого 2016 р. URL: scp-ks.org/en/documents/host-state-agreement-between-netherlands-and-kosovo-15-feb-2016

²⁷ Кримінальний кодекс Республіки Косово. Kosovo Criminal Code, 2012. Law of Kosovo No. 04/L-082.

²⁸ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Prosecutor v. Haradinaj and others, Case No IT-04-84.

²⁹ Mission impossible for Kosovo war crimes court? Стаття від 26 квітня 2017 року на Justiceinfo.net. Режим доступу: Justiceinfo.net/en/component/k2/33124/mission-impossible-for-kosovo-war-crimes-court.html

³⁰ Кримінальний процесуальний кодекс Косова (13 грудня 2012 р.). URL: <https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/.../Criminal%20Procedure%20Code.pdf>

Резюме

Базов О.В. Питання правового статусу Спеціалізованого суду по Косову.

У статті представлено результати дослідження правових та інституційних засад утворення та діяльності Спеціалізованого суду по Косову. Зокрема, визначено провідну роль ООН, Ради Європи, Європейського Союзу та окремих держав у вирішенні проблемних питань формування правових та інституційних основ Суду. Звертається увага на особливу роль Ради Європи у дослідженні міжнародних злочинів у Косові та Албанії, а також вирішальну роль ЄС, його Місії з верховенства права в Косові в питаннях формування правових та інституційних засад Спеціалізованого суду по Косову, вирішенні проблемних питань фінансово-матеріального забезпечення його діяльності. Досліджено міжнародний та національний компоненти Суду, визначено проблемні питання реалізації його юрисдикційних повноважень.

Ключові слова: міжнародний кримінальний суд, міжнародні злочини, спеціалізований суд, правові засади, інституційні засади.

Резюме

Базов А.В. Вопросы правового статуса Специализированного суда по Косово.

В статье представлены результаты исследования правовых и институционных основ создания и деятельности Специализированного суда по Косово. В частности, определена ведущая роль ООН, Совета Европы, Европейского Союза и отдельных государств в разрешении проблемных вопросов формирования правовых и институционных основ Специализированного суда по Косово, решении проблемных вопросов финансово-материального обеспечения его деятельности. Исследованы международный и национальный компоненты Суда, определены проблемные вопросы реализации его юрисдикционных полномочий.

Ключевые слова: международный уголовный суд, международные преступления, специализированный суд, правовые основы, институционные основы.

Summary

Olexandr Bazov. Questions of the Legal Status of a Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office.

In the current conditions of the active development of the international criminal justice system from the Nuremberg and Tokyo War Crimes Tribunals, and after – the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda, international criminal judicial authorities of the so-called «new wave» or «third generation» are in the field of view of the science of international law, the study of the legal and institutional foundations of which represents significant scientific and practical interest.

The legal and institutional foundations of the activities of a Special Court in Kosovo (the name also used to denote the Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office) in the science of international law, in our opinion, has not sufficiently studied.

We believe that this is due both to the fact that this Court, as new type of international criminal justice, was created recently, as well as to the insignificant and contradictory practice of its judicial activity.

Considering the foregoing, the aim of the article is to study the legal and institutional foundations and activities of a Special Court to investigate war and other international crimes that were committed on the territory of Kosovo and which occupies a special place in the international criminal justice system, given the specific features of its creation and activities, the formations of its international and national components.

The scientific novelty of the research results is that a comprehensive study of the legal and institutional foundations of the creation and activities of the Court, in Ukraine is being done for the first time.

As the same time, during the scientific study, it was taken into account that this Court was created with the active participation of the United Nations, the Council of Europe, the European Union and also individual countries, as well as Kosovo in ordered to prosecute for the commission of international crimes during the armed conflict in the territory of the former Yugoslavia, the «winners» – the former leaders of the Kosovo Liberation Army (УÇК), who were never prosecuted for their commissions of international crimes during the activities of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY).

Key words: international criminal court, international crimes, specialized international court, legal foundations, institutional foundations.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.86

УДК 341.942

Е.М. ГРАМАЦЬКИЙ

*Ернест Мірчевич Грамацький, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0003-1260-2888

РЕКОДИФІКАЦІЯ ТА МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО: ДО ПИТАННЯ ПРИНЦИПІВ

Постановка проблеми. Євроінтеграційні процеси, які відбуваються в Україні протягом останніх років, безумовно, є першочерговою причиною для реформування та оновлення вітчизняного законодавства. Не є винятком і приватне право. Процес рекодифікації цивільного законодавства, запроваджений урядом, спрямований на усунення окремих логічних недоліків та протиріч національного цивільного законодавства і узгодження окремих його аспектів із законодавством Європейського Союзу.

Слід зауважити, що оновлення національного законодавства та приведення його у відповідність до європейських стандартів є однією з ключових вимог Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 27 червня 2014 р., значення якої для зближення України з Європейським Союзом, процесів демократизації та лібералізації усіх сфер життя важко перебільшити. У зв'язку з цим на сьогодні система приватного права України перебуває на стадії докорінних змін.

Реформи спрямовані на вдосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин, підвищення якості законодавства, укорінення принципу верховенства права та правової визначеності як його визначального елементу. Саме усунення істотних та принципових недоліків механізму правового регулювання є безпосередньою метою реформування цивільного законодавства, що відбувається сьогодні. Водночас, на нашу думку, неможливо вести мову про рекодифікацію цивільного законодавства, не звертаючи увагу на ті нагальні проблеми міжнародного приватного права та законодавства, вирішення яких є вкрай важливим.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначимо, що окремі проблеми законодавства про міжнародне приватне аналізували такі видатні вчені, як Л.А. Лунц, В.В. Луць, В.І. Кисіль, А.С. Довгерт, Р.А. Майданик, М.М. Богуславський, В.В. Балдинюк, І.В. Мироненко, С.Г. Кузьменко, Дж. Вестлейк, М. Вольф, А. Батіфоль, П. Лагард, Дж. Сторі та інші науковці. Однак, на жаль, на сьогодні доктрина міжнародного приватного права не дає однозначного бачення значення рекодифікації цивільного законодавства для міжнародного приватного права.

Варто зауважити, що деякі питання, пов'язані з рекодифікацією цивільного законодавства та її значенням для міжнародного приватного права, не були предметом наукових досліджень. Дотримуємося позиції, що надзвичайно важливим аспектом для аналізу, на нашу думку, є закріплення системи принципів міжнародного приватного права у законодавстві України про міжнародне приватне право.

Отже, **метою** цієї статті є висвітлення та аналіз перспективи закріплення системи принципів міжнародного приватного права у законодавстві України у процесі проведення рекодифікації цивільного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Основною причиною рекодифікації цивільного законодавства є необхідність підвищення правової визначеності як складової принципу верховенства права. Саме правова визначе-

ність є тим фактором, за допомогою якого може бути констатована відповідність (або невідповідність) законодавства потребам суспільного життя, його можливість (або неможливість) сприяти задоволенню потреб суб'єктів права у відповідних благах.

Так, А.С. Довгерт зазначає, що рекордифікація цивільного законодавства має сприяти подальшій трансформації суспільства та розвитку ринкової економічної системи. Вчений підкреслює важливість уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання у різних сферах правовідносин, що мало місце в останні роки у більшості європейських країн. Ведучи мову про реформу приватного права, наслідком рекордифікації цивільного законодавства А.С. Довгерт вбачає європеїзацію Цивільного кодексу України, підкреслюючи вектор зближення української системи приватного права з *jus commune Europe*¹.

На думку Є.О. Харитонова та О.І. Харитонової, основною метою рекордифікації цивільного законодавства є не просто внесення окремих змін до Цивільного кодексу України, а поступовий перехід від нормативістського типу праворозуміння до європейського концепту права. Такий підхід пояснюється насамперед соціальною цінністю права та значенням, яке воно відіграє у житті людини та суспільства. Разом із тим слід зауважити, що правова система є конкретним проявом рівня розвитку держави та суспільства на певному етапі, елементом свідомості та ментальності².

Так, відповідно до Положення про роботу групи щодо рекордифікації (оновлення) цивільного законодавства України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 650 від 17 липня 2019 р., основними завданнями робочої групи є проведення комплексного аналізу існуючого цивільного законодавства України та визначення сфер приватноправових відносин, які потребують приведення у відповідність із світовими тенденціями розвитку приватного права, вивчення досвіду європейських країн щодо рекордифікації (оновлення) цивільного законодавства України, підготовку пропозицій щодо рекордифікації (оновлення) цивільного законодавства України. Задля виконання покладених на неї завдань робоча група проводить аналіз стану справ у сфері приватноправового регулювання, здійснює пошук найоптимальніших правових норм, а саме європейських та універсальних міжнародних документів для врегулювання необхідних сфер приватноправових відносин в Україні, бере участь у розробленні проектів нормативно-правових актів з питань, що належать до її компетенції, подає Кабінетові Міністрів України розроблені за результатами своєї роботи пропозиції (п. п. 3, 4 Положення)³.

Водночас слід сказати, що закладена у ЦК України 2003 р. концепція, згідно з якою основою цивільно-правового регулювання є юридична рівність, майнова та організаційна автономія учасників цивільних правовідносин, вільне волевиявлення та самостійність майнової відповідальності, свобода договору та її пріоритет порівняно з нормативним регулюванням відносин, довела свою ефективність, у зв'язку з чим не підлягає змінам.

Дотримуємося підходу, що вищенаведені загальні засади цивільно-правового регулювання поширюються на усю сферу приватного права України, у тому числі й на міжнародне приватне право. Отже, вважаємо, що рекордифікація цивільного законодавства має безпосереднє значення для розвитку міжнародного приватного права.

Враховуючи, що відповідно до ч. 2 ст. 4 Цивільного кодексу України основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України, будь-які зміни до нього, що матимуть місце у процесі рекордифікації, прямо чи опосередковано вплинуть і на законодавство про міжнародне приватне право. Разом із тим процес рекордифікації цивільного законодавства може бути використаний і для вдосконалення законодавства про міжнародне приватне право.

Дотримуємося позиції, що одним із найважливіших питань, які мають бути вирішені у процесі рекордифікації, є питання системи принципів міжнародного приватного права. На жаль, у вітчизняній правовій доктрині майже відсутні ґрунтовні напрацювання, присвячені принципам міжнародного приватного права, їх ознакам, системі, галузевій належності та особливостям застосування, а доволі значна кількість питань, зв'язаних з проблемами принципів відповідної галузі, не були досліджені взагалі. Немає відповіді на вищенаведені питання і у законодавстві у зв'язку з відсутністю закріпленої системи принципів у Законі України «Про міжнародне приватне право».

Водночас маємо констатувати, що серед представників науки міжнародного приватного права відсутнє єдине бачення системи принципів цієї галузі права. Проаналізуємо це більш детально.

Так, деякі вчені дотримуються підходу, згідно з яким система принципів міжнародного приватного права складається виключно з принципів міжнародного публічного права, які закріплені у ст. 2 Статуту ООН⁴ та Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р.⁵ До таких принципів насамперед відносять:

- 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 принципів вчені, що дотримуються вказаного підходу, обґрунтовують органічний зв'язок міжнародного приватного та міжнародного публічного права⁶.

На нашу думку, однозначно з цією позицією погодитися не можна, адже застосування більшості з наведених принципів (зокрема, принципу самовизначення народів і націй, непорушності державних кордонів, незастосування сили або загрози силою) у сфері приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, є вкрай незначним, що пов'язано з їхнім публічно-правовим призначенням. Однак принципи сумлінного виконання міжнародних зобов'язань, суверенної рівності держав, невтручання у внутрішні справи держави, безумовно, мають неабияке значення для сфери міжнародного приватного права. Саме співвідношення засад міжнародного публічного та приватного права, на думку М.М. Богуславського, є актуальним аспектом для вирішення проблеми екстериторіального застосування норм національного права⁷.

Варто зазначити, що запропонований вище підхід критикували В.І. Кисіль, А.С. Довгерт, зазначаючи, що принципи міжнародного приватного права як керівні засади та ідеї, які визначають зміст та спрямованість механізму правового регулювання, недоцільно розглядати в контексті міжнародного публічного права⁸. Незважаючи на належність учасників приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, до різних правових порядків, правовідносини, що виникають між ними, все ж таки ґрунтуються на засадах механізму правового регулювання, що властивий для приватного права. Це підкреслює необхідність застосування до таких правовідносин принципів приватного права. Безперечно, базисом усієї системи принципів приватного права слід вважати принцип верховенства права⁹.

Водночас враховуючи особливості правовідносин, що становлять предмет галузі міжнародного приватного права, В.І. Кисіль та А.С. Довгерт у системі принципів міжнародного приватного права пропонують виокремлювати так звані «колізійні» принципи, до яких слід віднести:

- принцип тісного зв'язку;
- принцип автономії волі;
- принцип застосування більш сприятливого права.

Серед представників доктрини міжнародного приватного права мають місце й інші підходи. Так, деякі вчені переконують, що система принципів міжнародного приватного права за метою правового регулювання, функціями та змістом зводиться до системи принципів цивільного права¹⁰.

Так, відповідно до ст. 3 Цивільного кодексу України загальними засадами цивільного законодавства є неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом, свобода договору, свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, судовий захист цивільного права та інтересу, справедливості, добросовісності та розумності¹¹.

Окрім закріплених у ст. 3 Цивільного кодексу України, систему принципів міжнародного приватного права Ю.Х. Юлдашев пропонує доповнити такими принципами:

- 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 з їх змісту або із суті відносин між сторонами (ст. 6 ЦК);
- 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);
- 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);
- пріоритетність правил чинного міжнародного договору України, укладеного у встановленому законом порядку, перед правилами відповідного акта цивільного законодавства (ч. 2 ст. 10 ЦК) тощо.

Слід також проаналізувати позицію Л.П. Ануфрієвої, яка пропонує таке бачення системи основних засад міжнародного приватного права:

- національний режим;
- взаємність;
- режим найбільшого сприяння;
- реторсії;
- публічний порядок;
- обхід закону;
- зворотне відсилання;
- міжнародна ввічливість¹².

Дослідивши значення принципів у механізмі правового регулювання, Л.П. Ануфрієва зауважує, що національний режим, взаємність, режим найбільшого сприяння та реторсії пронизують усі види приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Водночас вони безпосередньо визначають обсяг прав та обов'язків учасників таких відносин та є базовими засадами для регулювання таких правовідносин, що підкреслює їх роль як принципів. Разом із тим публічний порядок, обхід закону та зворотне відсилання розглядаються з позиції динаміки регулювання міжнародних приватноправових відносин та особливостей застосування колізійного методу.

На думку вченої, визначальне значення в системі принципів міжнародного приватного права відіграє міжнародна ввічливість (*comitas gentium*). Будучи історичним фундаментом для правового регулювання відносин, що становлять предмет галузі міжнародного приватного права, цей принцип ще у XVII ст. розглядали як підставу для застосування (або відмови у застосуванні) норм іноземного права на території іншої держави. Вважаємо, що позиція Л.П. Ануфрієвої має істотне значення для вирішення проблеми системи принципів міжнародного приватного права.

Слід звернути увагу на той факт, що у преамбулі Закону України «Про міжнародне приватне право» не вказується ані на ознаки, ані на засади регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, а лише зазначається, що «цей Закон встановлює порядок урегулювання приватноправових відносин, які хоча б через один із своїх елементів пов'язані з одним або кількома правопорядками, іншими, ніж український правопорядок»¹³.

Висновки. Проведене дослідження дає підстави однозначно стверджувати, що рекодифікація цивільного законодавства справляє прямий та безпосередній вплив на сферу міжнародного приватного права. Одним із першочергових питань, яке має бути вирішено в процесі рекодифікації цивільного законодавства, є закріплення системи принципів міжнародного приватного права. Актуальність цієї проблеми підкреслюється не лише неврегульованістю цього питання, а й відсутністю однозначної позиції представників доктрини міжнародного приватного права, що лише поглиблює окреслену проблему. Дотримуємося підходу, що легальне закріплення системи принципів міжнародного приватного права у Законі України «Про міжнародне приватне право», здійснене у процесі рекодифікації цивільного законодавства, є логічним кроком, що матиме наслідком вдосконалення механізму правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, та дотримання принципу верховенства права та правової визначеності як його елементу.

¹ Довгерт А.С. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1/2019. С. 27–41.

² Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Рекодифікації цивільного законодавства в контексті інтеграції України у правовий простір ЄС. *Часопис цивілістики*. 2019. Вип. 34. С. 6–10.

³ Про затвердження Положення про робочу групу щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України: постанова Кабінету Міністрів України № 650 від 17 липня 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF> (дата звернення: 14.04.2020).

⁴ Устав Организации Объединённых Наций и Устав Международного Суда. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010 (дата звернення: 14.04.2020).

⁵ 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 (дата звернення: 14.04.2020).

⁶ Попов А.А. Международное частное право. Харьков: Ра, 1999. 219 с.

⁷ Богуславский М.М. Международное частное право. Москва: Юрист, 2002. С. 65–67.

⁸ Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. Київ: Алерта, 2012. С. 134–136.

⁹ Довгерт А.С. Принцип верховенства права у приватноправовій сфері. Цивільне право для адвокатів. Київ, 2006. С. 243–253.

¹⁰ Юлдашев О.Х. Міжнародне приватне право: теоретичні та прикладні аспекти. Київ, 2004. С. 59–61.

¹¹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

¹² Ануфриева Л. П. Международное частное право: в 3 т. Москва: БЕК, 2002. Т. 1: Общая часть. С. 103–105.

¹³ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 32. Ст. 422.

Резюме

Грамацький Е.М. Рекодифікація та міжнародне приватне право: до питання принципів.

У статті проаналізовано роль та значення рекодифікації цивільного законодавства для міжнародного приватного права. Досліджено значення рекодифікації цивільного законодавства для вирішення проблеми принципів міжнародного приватного права. Встановлено, що основною причиною рекодифікації цивільного законодавства є необхідність підвищення правової визначеності як складової принципу верховенства права. Визначено основні підходи та позиції вчених щодо ролі, місця та системи принципів міжнародного приватного права, досліджено переваги та недоліки окремих підходів, висловлено власну позицію щодо легального закріплення системи принципів міжнародного приватного права у механізмі правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, у процесі рекодифікації цивільного законодавства.

Ключові слова: принципи міжнародного приватного права, рекодифікація цивільного законодавства, правозастосування, принципи права, адаптація законодавства, євроінтеграція.

Резюме

Грамацький Э.М. Рекодификация и международное частное право: к вопросу принципов.

В статье проанализированы роль и значение рекодификации гражданского законодательства для международного частного права. Исследовано значение рекодификации гражданского законодательства для решения проблемы принципов международного частного права. Установлено, что основной причиной рекодификации гражданского законодательства является необходимость повышения правовой определенности как составляющей принципа верховенства 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 легального закрепления системы принципов международного частного права в механизме правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, в процессе рекодификации гражданского законодательства.

Ключевые слова: принципы международного частного права, рекодификация гражданского законодательства, правоприменение, принципы права, адаптация законодательства, евроинтеграция.

Summary

Ernest Gramatskiy. Recodification and private international law: to the issue of principles.

Nowadays the processes of democratization, liberalization, integration of Ukraine into European and world space take place. The undisputed significance for these processes is the signing of the Association Agreement between Ukraine and the European Union. Thus,

the rapprochement of Ukraine with the European community, which has taken place in recent years, affects the sphere of private law relations, which are complicated by a foreign element – the legal relations that make up the subject matter of international private law.

Having analyzed current doctrine of international private law, the author can conclude that nowadays researchers are paying more attention to a deep understanding and study of the general provisions of this branch of law rather than to analysis of individual sub-sectors and institutes of private international law.

Nowadays recodification of civil legislation is taking place in Ukraine. The main reason for the recodification of civil legislation is to increase legal certainty as a component of the rule of law. Legal certainty demonstrates an ability of legislation to satisfy the needs of the subjects of law in the respective benefits.

At the same time some specific issues related to the recodification of civil legislation and its link with private international law have not been the subject to scientific research. In our opinion, these issues deserve special attention, as they make it possible to analyze not only the current state of private international relations, but also to forecast the prospects and changes in the field of private international law. One aspect that is worth to be discussed is the consolidation of the private international law system of principles.

The analysis of scientific points of private international law doctrine representatives gives grounds to conclude that there is currently no universal approach to understanding the system of principles of private international law. Neither private international law legislation, nor scientific approaches give clear vision of the system of principles of private international law.

It is crucial to stress that recodification of civil legislation in Ukraine has its direct impact on private international law system and its mechanism of legal regulations.

Key words: principles of private international law; recodification of civil legislation; law enforcement; principles of law; adaptation of legislation; European integration.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.87

УДК 341.1/8

Я.М. ЖУКОРСЬКА

*Ярина Михайлівна Жукорська, кандидат юридичних наук, доцент, доцент, заступник директора Навчально-наукового інституту міжнародних економічних відносин Тернопільського національного економічного університету**

ORCID: 0000-0002-7797-5207

ПАНДЕМІЯ COVID-19 ТА ЇЇ МОЖЛИВІ НАСЛІДКИ ДЛЯ СИСТЕМИ ООН

Постановка проблеми. Пандемія коронавірусу показала, що пріоритетом для будь-якої держави є насамперед національні інтереси, а не спільні. Про існування міжнародного права, міжнародних механізмів просто забули в контексті захисту національних інтересів. Міжнародні організації такі як ООН, ВООЗ виявилися неефективними та недостатньо гнучкими й надто повільними для ефективної боротьби з сучасними загрозами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями впливу пандемії коронавірусу на міжнародне право загалом, та систему ООН зокрема, майже не досліджене, адже проблема з'явилася не так давно. Проте серед науковців, які вже зробили свій внесок: Ф. Сендс, С. Саяпін, М. Гнатовський, О. Поєдинок, Т. Короткий, Н. Хендель, З. Тропін та інші.

Формулювання мети статті. Метою статті є аналіз можливих наслідків впливу пандемії коронавірусу на систему ООН.

Виклад основного матеріалу. Система ООН – це основа універсального міжнародного правопорядку, який було створено після закінчення Другої світової війни з метою попередження виникненню схожих масштабних конфліктів та сприяння співпраці держав між собою. Система ООН включає: саму ООН, її спеціалізовані установи, МАГАТЕ, Всесвітню туристичну організацію, СОТ, допоміжні органи Генеральної Асамблеї на правах автономних організацій, що мають різний обсяг фінансової та адміністративної незалежності¹.

Пандемія коронавірусу оголила всі проблеми та недоліки у функціонуванні й ефективності цієї системи. Враховуючи, що коронавірус розпочався з Китаю, а Китай головував в березні 2020 р. в Раді Безпеки, Китай засідання РБ ООН не скликав. І це при тому, що ВООЗ, яка є спеціалізованою установою ООН, визнала вірус пандемією 11 березня 2020 р. На той момент у світі було вже зафіксовано понад 120 тисяч випадків COVID-19 у більш як 110 країнах, а кількість летальних випадків перевищила чотири тисячі².

Засідання відбулося, але лише через те, що 9 із 10 непостійних членів ООН наполягали на цьому: Бельгія, Німеччина, Домініканська Республіка, Естонія, Індонезія, Нігер, Сент-Вінсент та Гренадіни, Туніс та В'єтнам. Позиція десятого непостійного члена РБ – Південно-Африканської Республіки – була іншою: «Мета органу – забезпечувати мир та безпеку, а не розбиратися з проблеми охорони здоров'я та економіки»³.

Беззаперечно, що основною функцією РБ ООН є «підтримання міжнародного миру і безпеки» (ст. 24 Статуту ООН)⁴, а не охорона здоров'я, але в даній ситуації пандемію можна вважати прямою загрозою безпеці не лише окремого члена ООН чи кількох членів, а міжнародного співтовариства загалом. І зважаючи на

© Я.М. Жукорська, 2020

* *Yaryna Zhukorska, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor, Vice-Dean of Education and Research Institute of International Economic Relations of Ternopil National Economic University*

ст. 25 Статуту ООН, лише цей орган має повноваження приймати рішення, які держави-члени зобов'язуються виконувати. Окрім того, варто звернути увагу, що саме цей орган було створено для «забезпечення швидких і ефективних дій ООН» (ст. 24 Статуту ООН), і саме з цією метою він функціонує «безперервно» (ст. 28 Статуту ООН), чим відрізняється від інших органів.

Першу резолюцію про боротьбу з Covid-19 Генеральна Асамблея прийняла лише 2 квітня 2020 р., заклинаючи у ній до «глобальної солідарності у боротьбі з корона вірусом»⁵. Проект резолюції представили Гана, Індонезія, Ліхтенштейн, Норвегія, Сінгапур і Швейцарія і він був прийнятий консенсусом⁶. І під час пандемії всі рішення Генасамблеї приймаються консенсусом. Генасамблея трішки урівноважила Раду Безпеки, яка виявилася майже неспроможною до прийняття рішень⁷.

Надалі робота ООН ускладнилася спалахом вірусу в Нью-Йорку, де розташована штаб-квартира Організації.

Фактично, під час пандемії ООН не змогла виробити консенсусу щодо спільних дій у критичній ситуації міжнародного масштабу. Генеральний секретар відкрито сказав, що очікує вирішення проблеми та застосування конкретних заходів від G-20⁸.

Щодо ВООЗ, її дії були дещо сповільнені, але вона реагувала на підставі інформації, яка надходить від держав-членів. Відповідно до Міжнародних медико-санітарних правил держави зобов'язані інформувати ВООЗ щодо епідеміологічної ситуації. Згідно зі ст. 6 Правил, про надзвичайну ситуацію у сфері охорони здоров'я вони повинні повідомляти протягом 24 годин (ст. 6, Міжнародні медико-санітарні правила)^{9,10}.

Хронологію подій можна коротко проаналізувати. ВООЗ отримала 31 грудня 2019 р. повідомлення про те, що в китайському місті Ухань з'явилися перші випадки пневмонії невідомого походження. 10–11 січня 2020 р. ВООЗ публікує пакет рекомендацій щодо коронавірусу і попереджає Китай про загрозу розповсюдження вірусу за межі Китаю, адже Ухань – один із найбільших міжнародних аеропортів. 11 січня Китай передає генетичний код вірусу. В цей ж день з'являється повідомлення про першу смерть. 13 січня зафіксовано перший випадок захворювання за межами Китаю – в Таїланді. 20–21 січня експерти ВООЗ, які працювали в Китаї, з'ясовують, що вірус передається від людини до людини. 22–23 січня Генеральний директор ВООЗ Тедрос Гебрейсус скликає Комітет з надзвичайних ситуацій. За рішенням комітету ситуації не присвоєно статус надзвичайної ситуації міжнародного масштабу. 27 січня Глава ВООЗ відвідує Пекін, за результатами зустрічі Китай погоджується прийняти в себе експертів ВООЗ. 30 січня Комітет з надзвичайних ситуацій присвоєє ситуації статус надзвичайної в сфері громадської охорони здоров'я міжнародного масштабу. На цей момент за межами Китаю вже було зафіксовано 82 випадки захворювання, жодного летального. 11 березня в 114 країнах вже було зафіксовано 118 тис. випадків, з них 4291 – летальний. ВООЗ оголошує пандемію¹¹.

Таким чином, за 2,5 місяці від повідомлення про перший випадок у Китаї до оголошення пандемії пройшов достатньо невеликий строк, але достатній для прийняття рішень та застосування необхідних заходів.

На думку ВООЗ, основною причиною такого швидкого розповсюдження вірусу стало небажання держав прислухатися до рекомендацій ВООЗ¹².

Як результат незадовільного виконання обов'язків ВООЗ, звинувативши організацію у прихильності до Китаю, 15 квітня 2020 року США припиняють її фінансування.

Попри всі нарікання на малоефективність ВООЗ під час пандемії, варто зауважити, що станом на 14 квітня 2020 р. ВООЗ мобілізувала більше 300 вчених на вивчення та боротьбу з коронавірусом. Під егідою ВООЗ розпочали клінічні «Випробування солідарності» потенційних вакцин від вірусу, в яких бере участь 90 держав. На онлайн платформі ВООЗ медики всього світу, які працюють з хворими на COVID-19, можуть пройти навчання на 43 мовах. ВООЗ організувала постачання засобів персонального захисту та комплектів для тестування на вірус у 125 держав світу. Генсек ООН закликав встановити глобальний режим припинення вогню у всьому світі, який має допомогти подолати пандемію. На цей заклик відгукнулося 70 держав та воюючих сторін. У стриманні пандемії допомагають 95 000 миротворців ООН. Через Всесвітню продовольчу програму понад 80 держав, які відчувають особливі труднощі, отримують продовольство. ВООЗ запустила програму збору коштів для гуманітарної допомоги найвразливішим групам населення¹³.

Альтернативи співпраці в сфері охорони здоров'я окрім ВООЗ немає станом на сьогоднішній день. Незважаючи на недоліки в її функціонуванні, які виявилися при такій масштабній і стрімкій загрозі доречним є удосконалити прийняття рішень в таких ситуаціях, а також надати додаткові важелі впливу на держав-членів. На перше місце тут має вийти колективна безпека, а не суверенні інтереси окремої держави, будь це Китай, США чи Німеччина.

Ситуація показала, що обмін інформацією в рамках міжнародних організацій є надто повільним для сучасного світу з новими викликами. Ситуація з коронавірусом може надати ВООЗ більшої ваги на міжнародній арені, а також наділити її додатковими важелями впливу, сприяти створенню нових процедур прийняття рішень, які мають бути гнучкими та швидкими. Варто подумати і про характер таких рішень, адже ВООЗ приймає лише рекомендації, а прийняття конкретних рішень і вжиття заходів – вже справа кожної окремої держави.

Міжнародний правопорядок чекають зміни. Які вони можуть бути, можна спрогнозувати, провівши паралелі між коноавірусом та пандемією іспанського грипу, який вирував у Європі у 1918–1919 рр.

Поширенню т.зв. іспанки сприяли глобалізація, яка тоді якраз починалася, а також Перша світова війна. Одним із наслідків стало покращення системи охорони здоров'я. Також зрозумілою була потреба у спільних міжнародних зусиллях у боротьбі з такими епідеміями. Адже для вірусів не існує кордонів. Перші спроби об'єднати зусилля у боротьбі проти вірусів були й до того, це Константинопольська вища рада (1839 р.), Міжнародне бюро суспільної гігієни (1907 р.). І лише у 1923 р. під егідою Ліги Націй було створено Всесвітню організацію охорони здоров'я¹⁴.

До іспанки жодна хвороба не поширювалася так швидко. Це вирізняло її з усіх інших. І хоча ця пандемія завдала нищівного удару по економіці, вона сприяла зростанню фармакології та розвитку й модернізації медицини загалом.

Економічні наслідки пандемії коронавірусу швидше за все будуть прирівнюватися до результатів Другої світової війни¹⁵.

Велику роль у ситуації під час пандемії також відіграли торгові війни між Китаєм та США, які точилися останні роки. Китай значно зміцнив свої економічні позиції у зв'язку з останніми подіями. Звична тріада ЄС-США-Японія може поступитися своїм місцем. Окрім того, Китай завжди вмів тримати в таємниці свої наміри або до останнього залишатися нейтральним у найважливіших питаннях, навіть якщо взяти до уваги його голосування як постійного члена Ради Безпеки ООН, що не виключає того, що він вже виграв, проте ще не оголосив про свою перемогу. І є всі шанси, що геополітична карта світу, території впливу, а також міжнародні відносини будуть перекроєні після пандемії.

Питання неможливості прийняття рішень в Раді Безпеки стоїть давно, і пандемія стала ще одним кроком до розуміння того, що в існуючому стані ООН повноцінно функціонувати не може – їй потрібні кардинальні зміни механізмів прийняття рішень, надання додаткових повноважень і можливо навіть, наділення певною наднаціональністю, що значно сприяло б швидкому реагуванню на сучасні загрози. Хоча це викличе певні сумніви в багатьох держав-членів, адже наднаціональність та обов'язковість рішень міжнародної організації – завжди обмеження суверенності держав.

Проте питання стоїть в тому, що важливіше – національний чи колективний інтерес. Адже реагувати на сучасні загрози світового масштабу, які мають такі надшвидкі темпи поширення, організація може, лише володіючи наднаціональними повноваженнями та додатковою автономією. Водночас пандемія показала, що коли йдеться про життя людей і світові загрози, ні національне право, ні міжнародне не можуть бути в пріоритеті. На національному рівні практично неможливо протистояти загрозам глобального характеру – тут необхідні спільні дії на міжнародному рівні.

15 травня 2020 р. на віртуальному засіданні 74-сесії ГА Голова Генасамблеї Тіджані Мухаммад-Банде заявив, що боротьба з COVID-19 – це колективна відповідальність і закликав взяти на озброєння Декларацію в сфері охорони здоров'я, прийняту у 2019 р., в якій держави заявили, що медицина має бути доступною для всіх жителів Землі і пообіцяли збільшити витрати на первинну медико-санітарну допомогу на 1–2 відсотки від ВВП. Також у цьому документі держави взяли на себе зобов'язання нарощувати як національні, так і міжнародні зусилля щодо забезпечення здоров'я планети^{16,17}.

У рамках проекту «ООН – 75» було проведено опитування, результати якого показали, що близько 95 опитаних згодні з тим, що держави повинні вирішувати глобальні проблеми спільно. COVID-19 показав: якщо ми не знайдемо способів зміцнення спільної діяльності, «світ може зіштовхнутися з глобальною катастрофою»¹⁸. При чому кількість прихильників такого підходу значно збільшилася від лютого місяця 2020 р., тобто з початком пандемії коронавірусу.

Висновки. Пандемія припала на період послаблення глобальної співпраці між державами, поляризації не лише в міжнародному співтоваристві, а й у суспільстві загалом. Наслідком цього стала неефективність існуючих міжнародних утворень, які не змогли швидко відреагувати на загрозу та вжити необхідних заходів. Питання реформування ООН та окремих її органів, таких як Рада Безпеки, давно на порядку денному. Насамперед це стосується Ради Безпеки з її правом вето. Що ж стосується ВООЗ, то, на нашу думку, недоречним є відмова від принципу спільних дій у цій сфері, як у випадку з США та їх припиненням фінансування ВООЗ. Недоліки однозначно є, але їх треба виправляти. По-перше, це удосконалення механізмів прийняття рішень. Механізм прийняття рішень має бути гнучким, а рішення прийматися швидко. Окрім того, рекомендаційний характер рішень ВООЗ повністю дискредитував себе при пандемії.

По-друге, це можливість надання наднаціональних повноважень в найважливіших сферах, де питання колективної безпеки однозначно мають превалювати над національними інтересами. Незважаючи на суперечки, які можуть точитися щодо таких повноважень чи їх обсягу, це єдиний шлях для ефективного вирішення схожих проблем у майбутньому. Враховуючи прискорення темпів глобалізації, що надалі у зв'язку з розвитком технічних можливостей вони будуть ще швидшими, схожі загрози траплятимуться частіше і розвиватимуться ще стрімкіше. У протилежному випадку ООН може спіткати доля Ліги Націй.

¹ Вільчак Я.М. Поняття та класифікація спеціалізованих економічних установ ООН. *Університетські наукові записки*. 2006. № 1. С. 266–272.

² Вплив COVID-19 на міжнародне право. Правники аналізують виклики, відслідковують тенденції, роблять прогнози (частина друга). URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/30564495.html>

³ «Вони все провалили»: куди поділася ООН під час пандемії. URL: https://24tv.ua/kudi_podilasya_oon_pid_chas_pandemiyi_politico_n1313726

⁴ Статут ООН 1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010

⁵ Resolution adopted by the General Assembly on 2 April 2020 URL: <https://undocs.org/en/A/RES/74/270>

⁶ В первой резолюции, принятой с начала пандемии COVID-19, члены Генассамблеи призвали к солидарности в борьбе с вирусом. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/04/1375482>

⁷ Кислица С. «Ялтинская формула» и COVID-19. URL: https://zn.ua/international/yaltinskaya-formula-i-covid-19-356715_.html?fbclid=IwAR21DVTVRZymmo0PSJZHr3FKmoYYM3QOIrnNbWfHftPdQ00-2RmNNFZA3EuI

⁸ Глава ООН: сплотившись, мы выиграем войну с коронавирусом URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/03/1374702>

⁹ Международные медико-санитарные правила 2005 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/897_007

¹⁰ Вплив COVID-19 на міжнародне право. Правники аналізують виклики, відслідковують тенденції, роблять прогнози (частина друга). URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/30564495.html>

¹¹ Что и когда в ВОЗ знали о COVID-19. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/05/1377202>

¹² Там само.

¹³ Что делает ООН для того, чтобы победить COVID-19 URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/04/1376042>

¹⁴ Родіна С.О. Всесвітня організація охорони здоров'я. *Енциклопедія міжнародного права* / за ред.: Шемшученко Ю.С., Денісов В.Н. Київ: Академперіодика, 2014. Т. 1: А-Д. С. 577–580.

¹⁵ Коронавірус і світова економіка: наскільки страшною буде криза внаслідок пандемії. URL: <https://www.dw.com/uk/коронавірус-і-світова-економіка-наскільки-страшною-буде-криза-внаслідок-пандемії-відео/a-53328017>

¹⁶ Резолюція, прийнята Генеральною Ассамблеєю 10 жовтня 2019 г. Политическая декларация заседания высокого уровня по вопросу о всеобщем охвате услугами здравоохранения. URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/74/2>

¹⁷ Председатель Генеральной Ассамблеи: вся система ООН – от медиков до «голубых касок» мобилизована на борьбу с COVID. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/05/1378262>

¹⁸ 95 процентов опрошенных в рамках проекта «ООН-75» выступают за многосторонний подход к решению глобальных проблем. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/04/1376622>

Резюме

Жукорська Я.М. Пандемія COVID-19 та її можливі наслідки для системи ООН.

У статті автор аналізує вплив пандемії коронавірусу на діяльність системи ООН. Звертає увагу на неефективність самої ООН, ВООЗ, а також діяльність Ради Безпеки та Генасамблеї у цей період. Проводить паралель з іспанським грипом початку ХХ ст. і досліджує його вплив на розвиток міжнародних організацій. Наголошує, що основною проблемою як ООН, так і ВООЗ, став недосконалий механізм прийняття рішень. У питаннях з ООН – право вето в Раді Безпеки, ВООЗ – рекомендаційний характер рішень. Розглядає можливість надання наднаціональних повноважень ООН у найважливіших сферах, де питання колективної безпеки однозначно мають превалювати над національними інтересами. Спільні дії повинні стати єдино правильним рішенням для міжнародного співтовариства у боротьбі з сучасними загрозами. І національний інтерес у таких випадках має стояти після колективної безпеки.

Ключові слова: пандемія, прийняття рішень, ефективність, міжнародне право, спільні дії, ООН.

Резюме

Жукорская Я.М. Пандемия COVID-19 и его возможные последствия для системы ООН.

В статье автор анализирует влияние пандемии коронавируса на деятельность системы ООН. Обращает внимание на неэффективность самой ООН, ВОЗ, а также деятельность Совета Безопасности и Генассамблеи в этот период. Проводит параллель с испанским гриппом начала ХХ в. и исследует его влияние на развитие международных организаций. Отмечает, что основной проблемой как ООН, так и ВОЗ, стал несовершенный механизм принятия решений. В вопросе с ООН – право вето в Совете Безопасности, ВОЗ – рекомендательный характер решений. Рассматривает возможность предоставления наднациональных полномочий ООН в важнейших сферах, где вопросы коллективной безопасности однозначно должны превалировать над национальными интересами. Совместные действия должны стать единственно правильным решением для международного сообщества в борьбе с современными угрозами. И национальный интерес в таких случаях должен стоять после коллективной безопасности.

Ключевые слова: пандемия, принятия решений, эффективность, международное право, совместные действия ООН.

Summary

Yaryna Zhukorska. COVID-19 and its possible impact on the UN system.

In the article, the author analyzes the impact of the coronavirus pandemic on the activities of the UN system. Draws attention to the ineffectiveness of the UN itself, WHO, as well as the activities of the Security Council and the General Assembly during this period. Draws a parallel with the Spanish flu of the early twentieth century and explores its impact on the development of international organizations.

The coronavirus pandemic has shown that the priority for any state is primarily national interests, not common ones. The existence of international law and international mechanisms has simply been forgotten in the context of protecting national interests. International organizations such as the United Nations and the World Health Organization have proved ineffective and inflexible and too slow to deal effectively with today's threats.

In fact, during the pandemic, the UN failed to reach a consensus on joint action in a critical international situation. The Secretary-General has openly stated that he expects the problem to be resolved and concrete measures to be taken by the G-20.

As for WHO, its actions have been somewhat slow, but it has responded to information from Member States.

According to the WHO, the main reason for such a rapid spread of the virus was the reluctance of states to heed the recommendations of the WHO.

There is currently no alternative to health cooperation other than WHO. Despite the shortcomings in its operation, which have emerged in the face of such a large-scale and rapid threat, it is appropriate to improve decision-making in such situations, as well as to provide additional leverage over Member States. Collective security must come first here, not the sovereign interests of an individual state, be it China, the United States or Germany.

The main problem for both the UN and WHO has been the imperfect decision-making mechanism. On the issue with the UN – the right of veto in the Security Council, WHO – the recommendatory nature of the decisions. Considers the possibility of granting supranational powers to the UN in key areas where the issue of collective security must clearly prevail over national interests. Joint action must be the only right solution for the international community in combating today's threats. And the national interest in such cases must come after collective security.

Key words: pandemic, decision making, efficiency, international law, joint action, UN.

В.О. ОСТАШОВА, Є.А. ЛИПІЙ

*Валерія Олександрівна Осташова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Полтавської державної аграрної академії**

ORCID: 0000-0002-6022-6680

*Євгенія Анатоліївна Липій, кандидат юридичних наук, доцент Полтавської державної аграрної академії***

ORCID: 0000-0001-9952-838X

КОНГРЕСИ СВЯЩЕННОГО СОЮЗУ ЯК ІНСТРУМЕНТИ ВСТАНОВЛЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ

Постановка проблеми. Глобальні проблеми людства, які нині так явно постали перед усім світом, змушують до переосмислення форм міжнародної взаємодії, пошуку нових інструментів безпеки, які складно виробити без ретроспективного аналізу відомих історії практик. Актуальним, на нашу думку, в такому світлі є дослідження діяльності конгресів Священного союзу як інституції, що створювалася для підтримання міжнародного правопорядку в Європі після наполеонівських воєн.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До аналізу діяльності конгресів Священного союзу від початку його створення і дотепер зверталися науковці різних галузей знань – історики, дипломати, правники. Серед дослідників дореволюційного періоду цікавими в контексті нашого дослідження були праці В.П. Даневського, А. Дебідур, Ф. Ліста, Ф.Ф. Мартенса; післяреволюційного часу – В.І. Лісовського, Л.В. Маркова, Х-Й. Торке, М.А. Циммермана. Серед сучасних дослідників нашу увагу привернули праці Н.Т.Ю. Аношиної, А.І. Дмитрієва, О.П. Сагайдак, Н.М. Телепіної, А.Л. Хазіна, Стелли Гервас, Марка Джаррета, Рендалла Лесаффера та інших. На окреме дослідження, з нашої точки зору, заслуговує система конгресів Священного союзу, яка була інструментом втілення системи колективної безпеки в Європі.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є аналіз діяльності конгресів Священного союзу як інструментів встановлення міжнародного правопорядку.

Виклад основного матеріалу. Реалізація завдань Священного союзу втілювалася через систему міжнародно-правових норм, прийнятих на трьох дипломатичних конгресах. Перший із них проходив у німецькому місті Аахен, запропонованому Меттерніхом задля зменшення впливу на його учасників німецьких правителів. В інтересах Олександра I була широка участь держав, особливо ворожих до Англії. За їх сприяння він сподівався вирішити близькосхідне питання. Проте ця пропозиція була відхилена і, на відміну від Віденського конгресу, Аахенський конгрес пройшов без запрошення інших держав Європи. Очевидним та неформальним результатом зустрічі російські дослідники А.Л. Хазін та С.В. Богданов називають інституціоналізацію Священного союзу в форматі конгресів, які стали основним інструментом вироблення загальних політичних рішень з підтримання правопорядку провідними європейськими державами¹.

У ході конгресу в Аахені було підписано низку нормативних актів, два з яких знаходяться у центрі нашої уваги як такі, що закріплювали реалізацію нового міжнародного правопорядку – протокол та декларація від 15 листопада 1818 р.

У преамбулі Аахенського протоколу було визначено місце Франції у системі міжнародних відносин та європейської політики на підставі Паризького мирного договору від 20 листопада 1815 р. Отже, Франція ставала повноправним союзником Австрії, Англії, Пруссії та Росії. Оновлений союз (пентархія) не тільки підтвердили факт відновлення в Європі правопорядку, а й взяли на себе зобов'язання щодо його підтримання та гарантування². Оновлений союз Ф. Ліст називав «ареопагом Європи», «Пентархією великих держав», що «присвоїла собі право вирішувати долю Європи»³. Головним наслідком Аахенського конгресу за А. Дебідуром було те, «про що в ньому не було сказано а ні слова: взаємне страхування монархів проти їх народів»⁴.

Сучасний бельгійський історик міжнародного права Рендалл Лесаффер називає події «Аахенським компромісом» і зазначає, що у нормативному врегулюванні термін «договір» не використовувався, щоб зменшити ризик відхилення англійським парламентом. До того ж, окрім вказаних вище нормативних актів, були також прийняті два таємних протоколи, ухвалені без участі французьких представників, якими відновлено Четверний союз 1815 р. та намічено військові заходи на випадок нової революції у Франції⁵.

Дослідники історії міжнародного права виділяють два завдання, які вирішувалися документами Аахенського конгресу: 1) унормувати вивід військ з території Франції; 2) зафіксувати встановлений Віденським конгресом 1814–1815 рр. універсальний правопорядок. Останній включає в себе наступні положення: забезпечу-

© В.О. Осташова, Є.А. Липій, 2020

* *Valeriia Ostashova, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Poltava State Agrarian Academy*

** *Yevheniia Lypii, Ph.D. in Law, Associate Professor of Poltava State Agrarian Academy*

ється союзом монархів європейських держав, які виступають гарантами цієї системи; головним обов'язком держав є додержання норм та принципів міжнародного права, що стає основою ведення перемовин, конгресів, конференцій тощо; головним інструментом при вирішенні міжнародних проблем стають конгреси та конференції, що збираються за ініціативи п'яти великих держав відповідно до Аахенських декларації та протоколу⁶.

На неформальних поділ держав звернула свою увагу Н.-Т.Ю. Аношина, яка до першої групи віднесла держави, що гарантували міжнародний правопорядок (Австрія, Англія, Пруссія, Росія, Франція), а до другої – усі інші, які зобов'язані беззаперечно виконувати імперативні норми та дотримуватися основ міжнародного правопорядку. Зазначений поділ надавав права і обов'язки обом групам держав. При цьому друга група могла звертатися за допомогою до країн-гарантів за умов недотримання зобов'язань у сфері міжнародних правовідносин будь-ким із суб'єктів⁷. Н.-Т.Ю. Аношина продовжує своє дослідження порівнянням двох актів Аахенської конференції та доходить висновку щодо їх характерних особливостей і різниці: 1) для п'яти держав протокол був нормою в цілому, а для інших – лише у тій частині, що вказувала на сутність питання, обговорюваного пентархією; декларація була нормою для всіх європейських держав; 2) протокол ґрунтувався на принципах Священного союзу, у той час як декларація була заснована на принципах міжнародного права⁸.

Значення Аахенського конгресу для розвитку міжнародного права полягає в запровадженні практики ухвалення спеціальних постанов щодо дипломатичних зносин. Це стосується, зокрема, визначення старшинства дипломатичних представників. За словами О.П. Сагайдак, зазначені політичні документи були першою спробою надати деяким правилам міжнародної ввічливості юридичної сили, перетворити їх на норми міжнародного права. Міжнародна протокольна практика, встановлена на Віденському та Аахенському конгресах, проіснувала до підписання Віденської конвенції про дипломатичні зносини у 1961 р.⁹ Насправді регламент про ранги послів був прийнятий у Відні 1815 р., і лише доповнений Аахенським протоколом. Було запроваджено представництво четвертого рангу – міністрів-резидентів, розміщено їх між повноважними міністрами і повіреними у справах. Інші держави, що не були учасниками конгресу, або шляхом спеціальної заяви, або мовчазної згоди визнали цю класифікацію. Хоча привілеї дипломатичних представників по суті були однаковими, вони розрізнялися за становищем і почестям. Проте навіть після нормативного врегулювання питання про ранги часто залишалося спірним. Так, у 1824 р. шведський посланець у Стамбулі не хотів визнавати сардинського посла, посилаючись на те, що його країна не підписувала Віденського регламенту¹⁰.

Другий конгрес Священного союзу інколи розглядають як два окремі, оскільки його було розпочато у Троппау, 23 жовтня 1820 р. і продовжено з невеликою перервою в Лайбасі до кінця квітня 1822 р. Не зважаючи на формальне збереження пентархії, Великобританія та Франція фактично перейшли в опозицію, делегувавши на конгрес лише спостерігачів¹¹. Центральними дійовими особами стали Олександр I, а також Каподістрія і Меттерніх, які відстоювали фактично протилежні позиції. Останній на першому ж засіданні 23 жовтня запропонував придушити революцію в Неаполі, що спалахнула після звісток про революційні події в Іспанії та наростаючого народного невдоволення роз'єднанням країни після Віденського конгресу. Проти чужоземних утисків, об'єднання країни та конституційні перетворення по всій Італії боролосся таємне товариство карбонаріїв. Король Фердинанд I спочатку пішов на поступки у питанні визнання проголошеної конституції, але згодом відмовився від своєї позиції та звернувся по допомогу до Священного союзу. Меттерніх робив ставку на сили трьох держав альянсу, розуміючи, що ані Англія, ані Франція як держави конституційні його позицію не підтримають. На переговорах російські уповноважені Каподістрія і Несельроде осперували право Австрії на втручання у внутрішні справи італійських держав. На тих же позиціях стояла Франція, а на стороні Австрії – Пруссія. У ході переговорів, як вважається у сучасній історіографії, вирішальне значення мало повстання Семенівського полку та звістки про нього, що надійшли до Троппау 9 листопада 1820 р. та підвели Олександра I до підтримки системи Меттерніх. На думку деяких дослідників, російська делегація й після звістки продовжувала діяти відповідно до визначеного заздалегідь курсу¹².

Рішення, прийняті на першій частині конгресу в Троппау, знайшли своє нормативне втілення у попередньому і додатковому протоколах від 19 листопада 1820 р., підписаних відповідно лише Австрією, Пруссією та Росією. Попередній протокол санкціонував введення у Королівство Обох Сицилій австрійських окупаційних військ, додатковий містив рішення про запрошення Фердинанда I на другу частину конференції у Лайбасі задля врегулювання політичного становища у Неаполітанському королівстві.

Про підтримку Росією рішення щодо інтервенції Австрії в Неаполі свідчать дані записки російських уповноважених від 14 листопада 1820 р. «Основи договору», що суперечило початковим вимогам віденських домовленостей, які передбачали застосування мирних засобів врегулювання внутрішньополітичного становища у Неаполі¹³. Після виїзду Фердинанда I у Лайбах засідання конгресу у Троппау було закрито.

Друга частина конгресу відкрилася у Лайбасі 26 січня 1821 р. за участі, окрім Фердинанда I, представників й інших італійських держав. Їх присутність повинна була частково зняти з держав Священного союзу відповідальність за придушення неаполітанської революції, а також обмежити можливість одностороннього втручання у внутрішні справи Королівства Обох Сицилій¹⁴. Переступивши через власні обіцянки своєму народу, Фердинанд I на першому ж засіданні попросив військової інтервенції для придушення революції. В свою чергу, відмова військового втручання Англії та Франції унеможлилювали спроби домовитися про спільні антиреволюційні дії.

26 лютого 1821 р. відбулося офіційне закриття конгресу у Лайбасі, учасники якого змушені були затриматися через початок революції в П'ємонті, спровоковану вводом австрійських військ до Королівства Обох Сицилій. Уповноважені представники Австрії, Пруссії та Росії 12 травня 1821 р. оголосили про тимчасове залишення австрійських військ в королівстві Обох Сицилій і Сардинському королівстві для запобігання революції у майбутньому – «охорони влади закону і допомоги їй у благородних справах». Циркуляр уповноважених трьох держав для їх дипломатичних представників за кордоном містив норму про подальше керування

монархами принципом легітимізму та невизнання конституційних реформ, «породжених заколотом і силою»¹⁵.

Отже, діяльність Священного союзу слід розглядати не лише як інститут, який розробляв нормативне підґрунтя для підтримки міжнародного правопорядку, а насамперед як розробника рамок задля придушення тогочасних політичних ідей. Грецьке повстання 1821 р. засвідчило перевагу законності правління над цінностями християнсько-політичної практики. Відтак, рішення Олександра I було на користь не революційних православних греків, а традиційної законної влади мусульманського султана¹⁶.

Третім і останнім в історії Священного союзу був Веронський конгрес (20 жовтня – 14 грудня 1822 р.). Саме в цьому місті, що входило до володінь Габсбургів, Меттерніх миг розраховувати на забезпечення місцевою поліцією відповідних заходів безпеки. Тим більше, що у конгресі взяли участь широке коло представників європейських держав. У центрі уваги учасників постала революційна ситуація в Іспанії та підготовка французького вторгнення для її придушення. Обговорювалися також події у Латинській Америці щодо національно-визвольних рухів іспанських та португальських колоній. Великобританія в особі її представника Артура Веллінгтона виступила проти військового втручання французів в Іспанії, а також за самостійність португальських та іспанських колоній у Латинській Америці. До останнього схилилися також уряди Франції і навіть Пруссії. Оскільки інші держави були проти, жодних рішень з цих питань прийнято не було. Крім зазначеного на Веронському конгресі обговорювалися такі проблеми: про вивід австрійського війська з Італії; про заборону торгівлі неграми та скликання Лондонської конференції щодо работоргівлі; про взаємовідносини з Османською імперією у грецькому питанні, виведенні військ із Дунайського князівства, свободу мореплавства у Чорному морі; про скасування митних обмежень на Рейні, введених Нідерландами, що знайшло свій вияв у нотах до уряду цієї держави.

Результати обговорення питань на конгресі доводилися урядами Росії, Австрії та Пруссії своїм дипломатичним представникам за кордоном у спеціальному циркулярі від 26 грудня 1822 р., прийнятому на вимогу Меттерніха. У документі виправдовувалися дії держав-засновниць Священного союзу в Італії, звучала критика революційного руху у Греції, наводився «сумний приклад» Іспанії, заявлялося про переслідування «крамольних партій у Європі та Америці». Про рішуче продовження взятого курсу свідчить цитата: «Монархи не вважатимуть закінченою свою справу доти, доки не вирвуть у винуватців зброю, яку вони можуть використати проти спокою усього світу»¹⁷. Проте, не зважаючи на запевнення усього світу про серйозність намірів, це виявилися останні узгоджені рішення учасників альянсу. Посилення протиріч всередині інституції та з іншими країнами, переслідування власних державницьких інтересів всерйоз підірвали монопольність Священного союзу, а згодом і призвели до його остаточного розпаду.

Аналізуючи розвиток міжнародного права у першій половині XIX ст., Н.М. Телепіна та Н.А. Телепіна приписують Росії наступні новації в контексті діяльності Священного союзу: розширення кола суб'єктів міжнародного права за рахунок цілих народів; включення до системи міжнародних домовленостей моральних зобов'язань; закладення системи довгострокових і навіть безстрокових міжнародних договорів у Європі тощо. При цьому автори наголошують, що Росія завжди надавала Європі приклад вірності своєму слову. «Це викликало подив у європейських політиків, які не розуміли, чому Росія іноді діяла всупереч своїм миттєвим інтересам»¹⁸. Дивно у 2020 р. виглядають тези авторів про те, що сучасна Європа без воєн – заслуга й нової Росії, зокрема. Відголоски зазначеної «вірності слову» і «миротворчої» діяльності нині відчувають на собі Україна та інші європейські і не тільки країни. Суперечливою також є думка професорки Гарвардського та Ньюкаслського університетів Стелли Гервас, яка формулює «уроки миру від Віденського конгресу до кризи в Україні», застосовуючи неприйнятну для нас риторику, зокрема, називаючи війну на сході України «громадянською війною» та використовуючи вислів «приєднання Криму до Російської Федерації» замість анексії¹⁹.

При дослідженні понять втручання і визнання в міжнародному праві М.А. Циммерман зазначав, що на Аахенському конгресі ці питання звучали у достатньо невизначеній формі. При цьому в протоколі та декларації допускалися важливі домовленості: виступ союзників проти змін у державному устрої може настати не інакше, як зі згоди зацікавлених законних урядів. А через два роки постала зовсім інша практика. На конгресі в Троппау 13 листопада 1820 р. було підписано маніфест, який визначив порядок втручання в Неаполітанські справи та виправдовував насилля над державою, що бажала встановити конституційний лад шляхом перевороту²⁰. У пізніших зверненнях (у ноті 8 грудня 1820 р. Австрії, Пруссії та Росії германським державам; в ноті 9 січня 1921 р. Несельроде, в декларації Австрії Пруссії та Росії 12 травня 1821 р.) підкреслюється, що будь-який насильницький переворот є загрозою європейському миру і тому може бути приводом для озброєного втручання. Ті ж правові мотиви наводилися у виправданні втручання у п'ємонтські справи на конференції у Лайбасі на виправдання дій австрійських військ та на конференції у Вероні щодо дій «охоронця порядку» Франції стосовно революції в Іспанії. Причому, якщо при втручанні в неаполітанські справи союзники могли б посилатися на договір від 15 липня 1815 р., що гарантував королівству двох Сицилій необхідний монархічний лад зі сторони Австрії, то становище Іспанії було зовсім іншим²¹. Виправдання військової агресії за часів царської Росії від В.П. Даневського звучало так: «Якщо ж самі монархи (наприклад в Іспанії та Неаполі) дали свою згоду на проголошення конституцій, то ця згода... не може вважатися добровільною, а є лише... вимушений “стан морального полону”»²².

За твердженням російського професора царського періоду, доктора міжнародного права Ф.Ф. Мартенса, історія конгресів у Троппау, Лайбасі та Вероні засвідчила, що пентархія була насиллям над законними правами та інтересами народів. Вона лише доводить відмінність прав усіх держав та їх різне становище в міжнародному співтоваристві. Подаваючи самостійність інших народів, вона порушувала ідею абсолютної рівності держав як членів міжнародного спілкування, а тому, на думку Ф.Ф. Мартенса, не може бути визнана справедливою і бажаною формою його організації²³.

Марк Джарретт резюмує: «Конгресна система виявила, що страх союзників перед революцією набагато більший, ніж їх любов до миру». Однією з причин краху Віденської системи дослідник називає відмінність її інтерпритації: росіяни задумували її як світовий уряд; англійці – як систему конференційної дипломатії; австрійці – як спосіб стримування росіян і прусів; французи – як засіб для переведення фокусу союзників від себе²⁴.

Аналізуючи роботу конгресів Священного союзу як інструментів встановлення міжнародного правопорядку, зазначимо, що альянсом не було створено постійного органу, чітких формальних правил, які б могли забезпечити ефективне функціонування новоствореного механізму безпеки європейського масштабу. По мірі виходу безпосередніх творців Священного союзу (їх фізичної смерті), він втрачав свою міць. Крім того, конгреси більшою мірою вирішували існуючі проблеми, а не прагнули їх передбачити та не допустити. Тому після завершення третього конгресу альянс почав входити у стадію стагнації та, врешті, з початком Кримської війни відійшов у забуття.

Висновки. Підсумовуючи роботу конгресів Священного союзу, зазначимо, що не зважаючи на хиткість альянсу, його доволі короткий життєвий цикл, сама форма міжнародного спілкування виявилася результативною, а інколи й ефективною, та фактично мала відтворення у формі Ліги Націй та Організації Об'єднаних Націй. Сформовані положення створили підґрунтя для подальшого міждержавного діалогу, розширення кола міжнародних імперативних норм та удосконалення інструментарію їх вироблення.

¹ Хазин А.Л., Богданов С.В. Коммуникативные инструменты решения международных проблем в деятельности конгрессов Священного Союза. *Вестник Московского университета*. 2016. № 4. С. 187 (Серия 21 «Управление (государство и общество»)).

² Аношина Н.-Т.Ю. Головний акт Віденського конгресу 1815 року як основа міжнародного правопорядку XIX – початку XX століття: монографія. Одеса: Фенікс, 2011. С. 61–62.

³ Листь Ф. Международное право въ систематическомъ изложении. Переводъ съ пятого нѣмецкаго изданія подъ редакціей проф. В.Э. Грабаря. Юриевъ (Дерпт): Типографія К. Маттисена, 1909. С. 24–25.

⁴ Дебидур А. Дипломатическая история Европы от Венского до Берлинского конгресса (1814–1878) / пер. с франц. Москва: Государственное издательство иностранной литературы, 1947. Т. 1: Священный союз. С. 150.

⁵ Lessaffer R. The Congress of Aachen [Aix-la-Chapelle] (1818) and the Completion of the Vienna System. *Oxford University Press*. 2018. URL: <https://opil.ouplaw.com/page/congress-of-aachen> (дата звернення: 17.04.2020).

⁶ Дмитрієв А.І., Дмитрієва Ю.А., Задорожній О.В. Історія міжнародного права: монографія. Київ: Видавничий дім «Промінь», 2008. С. 161.

⁷ Аношина Н.-Т.Ю. Вказана праця. С. 63.

⁸ Аношина Н.-Т.Ю. Правовые основы универсального правопорядка 1815–1919 гг. *История международного права* / под ред. А.И. Дмитриева, У.Э. Батлера. 2-е изд., доп. перераб. Одесса: Фенікс, 2013. С. 246.

⁹ Сагайдак О.П. Дипломатичний протокол та етикет: навч. посіб. Київ: Знання, 2006. 380 с. URL: <http://www.info-library.com.ua/books-text-8556.html> (дата звернення: 13.04.2020).

¹⁰ Лисовский В.И. Международное право: учебник. Москва: Высшая школа, 1970. С. 209.

¹¹ Марков Л.В. Россия и Священный Союз. *Новая и новейшая история*. 1989. № 1. С. 69.

¹² Чернов А.В. Российская внешняя политика и конгрессы в Троппау и Лайбахе. *Вестник РУДН*. 2014. № 4. С. 64 (Серия «История России»).

¹³ Марков Л.В. Вказана праця. С. 146.

¹⁴ Чернов А.В. Вказана праця. С. 67.

¹⁵ Марков Л.В. Вказана праця. С. 72–73.

¹⁶ Русские цари 1547–1917 / под ред. Ханса-Иоахима Торке. Ростов-на-Дону: Феникс, 1997. С. 392.

¹⁷ Марков Л.В. Вказана праця. С. 73.

¹⁸ Телепина Н.М., Телепина Н.А. К вопросу о роли России в развитии международного права в первой половине XIX века. *Вестник Университета* (Государственный университет управления). 2013. № 20. С. 138.

¹⁹ Ghervas S. Three Lessons of Peace: From the Congress of Vienna to the Ukraine Crisis. *UN Chronicle*. 2014. № 3. P. 9. URL: <https://newcastle.academia.edu/StellaGhervas> (дата звернення: 17.04.2020).

²⁰ Циммерман М.А. Вмешательство и признание в международном праве. Прага: Пламя, 1926. С. 101.

²¹ Там само. С. 102–103.

²² Даневский В.П. Пособіє къ изученію исторіи и системы международного права. Выпускъ І-й. Харьков: Типографія А.Н. Гусева, 1892. С. 53.

²³ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Том I. Санктпетербургъ: Типографія Министерства Путей Сообщенія, 1882. С. 222.

²⁴ Jarrett M. The “Congress System”: The World’s First “International Security Regime”. *The Congress of Vienna 1814–15: Making Peace After Global War* (February 5–7, 2015, European Institute, Columbia). URL: <http://blogs.cuit.columbia.edu/congressofvienna/files/2015/03/Mark-Jarrett.pdf> (дата звернення: 17.04.2020).

Резюме

Осташова В.О., Липій Є.А. Конгреси Священного союзу як інструменти встановлення міжнародного правопорядку.

У статті розкрито хід роботи конгресів Священного союзу як інструментів встановлення міжнародного правопорядку, визначено їх результати та значення для розвитку міжнародного права. На Аахенському конгресі унормовано вивід військ з території Франції, зафіксовано універсальний порядок, встановлений Віденським конгресом. На конгресі у Троппау і Лайбасі підписано протокол про право збройного втручання у справи інших держав і санкціоновано введення у Королівство Обох Сицилій австрійських окупаційних військ. На Веронському конгресі обговорювалися питання збройного втручання у справи Іспанії, визнання латиноамериканських держав, боротьби з работоргівлею, свобода судноплавства по Рейну.

Ключові слова: Священний союз, Аахенський конгрес, конгрес в Троппау і Лайбасі, Веронський конгрес, міжнародний правопорядок, колективна безпека, віденська система міжнародних відносин.

Резюме

Осташёва В.А., Лытий Е.А. Конгрессы Священного союза как инструменты установления международного правопорядка.

В статье раскрыто ход работы конгрессов Священного союза как инструментов установления международного правопорядка, определены их результаты и значение для развития международного права. На Аахенском конгрессе нормирован вывод войск с территории Франции, зафиксирован универсальный порядок, установленный Венским конгрессом. На конгрессе в Троппау и Лайбахе подписан протокол о праве вооруженного вмешательства в дела других государств, санкционировано введение в Королевство Обеих Сицилий австрийских оккупационных войск. На Веронском конгрессе обсуждались вопросы вооруженного вмешательства в дела Испании, признание латиноамериканских государств, борьбы с работорговлей, свобода судоходства по Рейну.

Ключевые слова: Священный союз, Аахенский конгресс, конгресс в Троппау и Лайбахе, Веронский конгресс, международный правопорядок, коллективная безопасность, венская система международных отношений.

Summary

Valeriia Ostashova, Yevheniia Lypii. Holy Alliance Congresses as instruments of establishing international law and order.

The article describes the progress of the activities of the congresses of the Holy Alliance as a tool for establishing international law and order, their results and significance for the development of international law. The tasks of the Holy Alliance were fulfilled through a system of international legal norms adopted at three diplomatic congresses. The first of them took place in the German city of Aachen. During the congress, a number of regulations were signed, two of which are in the spotlight, because they enshrined the implementation of the new international law – the protocol and declaration of November 15, 1818. The preamble to the Aachen Protocol identifies France's place in the system of international relations and European policy on the basis of the Paris Peace Treaty. France became a full ally of Austria, England, Prussia and Russia. The second task solved at the congress was the fixation of the universal rule of law, initiated by the Congress of Vienna in 1814–1815. Thus, there was an informal division of states into two groups: the first guaranteed the international rule of law, the second – pledged to comply with imperative norms. The significance of the Aachen Congress for the development of international law lies in the introduction of the practice of adopting special regulations on diplomatic relations.

The Second Congress of the Holy Alliance was regarded as two separate ones sometimes, since it was started at Opava, October 23, 1820, and continued with a short break in Laibach until the end of April 1822. At that congress, a protocol was signed on the right of armed intervention in the affairs of other states and the introduction of Austrian occupation troops into the Kingdom of Both Sicilies was authorized. The Verona Congress discussed the issues of armed intervention in Spain, the recognition of Latin American countries, the fight against slave trade, the freedom of navigation on the Rhine and more.

Despite the shakiness of the Alliance, its rather short lifecycle, the form of international communication itself has proved to be effective and, at times, effective, and has, in fact, been reproduced in the form of the League of Nations and the United Nations. The existing provisions have created the basis for further interstate dialogue, expanding the range of international imperative norms and improving the tools for their elaboration.

Key words: Holy Alliance, Aachen Congress, Troppau and Laibas Congress, Verona Congress, International law and order, Collective security, Viennese system of international relations.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.89

УДК 341

Н.В. ПЛАХОТНЮК, Т.В. П'ЯТКОВСЬКА

*Наталія Вікторівна Плахотнюк, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного торговельно-економічного університету**

ORCID: 0000-0002-1357-4041

*Тетяна Вікторівна П'ятковська, студентка Київського національного торговельно-економічного університету***

ORCID: 0000-0001-8920-9473

МІЖНАРОДНИЙ КРИМІНАЛЬНИЙ СУД РОЗГЛЯДАЄ ТОРГІВЛЮ ЛЮДЬМИ ЯК ЗЛОЧИН ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ

Постановка проблеми. Торгівля людьми наразі часто трактується як «сучасна форма рабства». Наслідки даного злочину надзвичайно серйозно руйнують стабілізацію міжнародно-політичного становища у світі. Справа щодо розширення сфери дії Римського статуту на злочин торгівлі людьми ще не була детально розроблена. Жорстокість, яка виникає під час торгівлі людьми злочинними угрупованнями, має настільки жахливий характер, як і інші злочини, охоплені Римським статутом, та попри це не підпадає під компетенцію

© Н.В. Плахотнюк, Т.В. П'ятковська, 2020

* *Nataliia Plakhotniuk, Ph.D. in Law, Associate Professor of Kyiv National University of Trade and Economics*

** *Tetiana Piatkovska, student of Kyiv National University of Trade and Economics*

Міжнародного кримінального суду. Така торгівля може також виходити за межі визначення рабства як злочину проти людства, особливо з огляду на встановлений Статутом поріг державної політики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Більшість іноземних дослідників вважають, що кількість жертв значно переважає кількість ідентифікованих жертв. Так, Директор Центру радикалізації та тероризму при товаристві Генрі Джексона N. Malik у своїх публікаціях висловлює думку щодо зростання міжнародної занепокоєності з приводу того, що щороку в усьому світі показники статистики показують від 800 000 до 2,5 мільйонів людей, які стають жертвами торгівлі. Також неодноразово представники міжнародних урядових та неурядових організацій звертають увагу на проблемне питання торгівлі людьми, яке постало у сучасному світі. Згідно із останніми показниками міжнародної неурядової організації «We Are Not Weapons of War», вищенаведена злочинна діяльність зачіпає майже всі країни світу. Прибуток, отриманий від цього злочинного бізнесу, становить від 7 до 10 мільярдів доларів на рік.

Формулювання мети статті. Зважаючи на вищенаведені дані, можемо сформулювати основну мету нашої роботи – дослідити, на якій стадії Міжнародний кримінальний суд розглядає торгівлю людьми як злочин проти людяності. Здійснити аналіз включення злочину торгівлі людьми як дискретного міжнародного злочину в рамках Римського статуту.

Виклад основного матеріалу. Торгівля людьми вважається глобальним явищем та порушенням як міжнародних стандартів прав людини, що застосовуються до держав, так і до міжнародного кримінального права. Як відомо, даний вид злочинної діяльності є третім за величиною та отриманням прибутку злочином у світі, одразу після торгівлі наркотиками і зброєю¹. Стрімке зростання рівня торгівлі людьми у XXI ст. можна охарактеризувати як:

- результат росту нерівності в економічній та демографічній сферах;
- збільшення кількості населення;
- глобалізація;
- збільшення кількості конфліктів;
- занепад держав;
- зміни в міжнародній економіці;
- внутрішні фактори держави – корупція, слабкий статус жінок та дітей².

Незважаючи на те, що багато країн визначають вищезазначений вид злочинної діяльності як злочин у своєму національному законодавстві, це не є злочином як таким згідно з Римським статутом Міжнародного кримінального суду. Останній, у свою чергу, характеризується тим, що відповідно до ст. 5 Римського статуту обмежується «найтяжчими злочинами, що викликають заклопотаність міжнародної спільноти в цілому». Згідно із положеннями Статуту, в межах його юрисдикції є такі злочини, як злочини геноциду, злочини проти людства, військові злочини та злочини агресії. З усім тим, вищезазначені злочини включають складові елементи, які часто пов'язані з торгівлею людьми: поневолення, ув'язнення, тортури, згвалтування та сексуальне рабство³.

Загалом, торгівля людьми визначається як вербування, транспортування, передача, приховування або отримання осіб шляхом примусу, викрадення, шахрайство, обман, зловживання владою або статусом, надання або отримання платежів або вигоди для досягнення згоди особи, яка має контроль над іншою особою з метою її експлуатації. Слід зазначити, що багато організацій, які працюють на національному та міжнародному рівнях, визначають торгівлю людьми також як експлуатацію шляхом насильницької роботи – проституція, сексуальна експлуатація, примусова праця, рабство, експлуатація у війнах, використання дітей у жебрацтві, а також видалення органів. Торгівля людьми відбувається не тільки за кордон, а й також активно здійснюється в межах національних кордонів держав. Ще слід підкреслити той факт, що на відміну від торгівлі наркотичними засобами або зброєю торгівля людьми вважається найбільш жорстокою торгівлею, оскільки використовує людей як товар, використаний і повторно використаний, проданий і перепроданий, зловживаний силою або примусом, що експлуатується і передбачає порушення прав людини³.

Контролює, запобігає та протидіє торгівлі людьми міжнародна спільнота за допомогою Організації Об'єднаних Націй. Так, дана організація застосовує протоколи протидії торгівлі людьми, встановлює правила та основи для того, щоб країни створили свої власні закони щодо протидії торгівлі. За рівнем впливу щодо боротьби із торгівлею людьми, одразу ж після діяльності Міжнародного кримінального суду та його Статуту, найвпливовішим міжнародно-правовим актом є Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, а також Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності⁴.

Якщо характеризувати діяльність Міжнародного кримінального суду, то слід підкреслити, що дана установа уповноважена притягувати до кримінальної відповідальності щодо злочинів проти людства незалежно від кількості часу, що минув з моменту вчинення злочину, відповідно до ст. 29 Римського статуту, де сказано, що «злочини в межах юрисдикції Суду не підлягають ніякому статусу обмеження». Однак ст. 24 зазначає, що «жодна особа не несе кримінальної відповідальності відповідно до цього Статуту до набрання чинності Статутом»³.

Також необхідно звернути увагу на той факт, що дефініція злочинів проти людяності міститься в Римському статуті Міжнародного кримінального суду. Відповідно до ст. 7 Статуту, злочин проти людяності означає будь-яке з наступних діянь, якщо вони вчинені в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на будь-яких цивільних осіб і якщо такий напад здійснюється свідомо: а) вбивство; б) винищення; в) поневолення; г) депортація або насильницьке переміщення населення; е) приміщення у в'язницю або інше жорстоке позбавлення фізичної свободи про порушення основних норм міжнародного права; ф) катування;

g) згвалтування, примушення до сексуального рабства, до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація або будь-які інші форми сексуального насильства; h) переслідування за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, тендерними або з інших мотивів, i) насильницьке зникнення людей; j) злочини апартеїду; k) інші нелюдські діяння аналогічного характеру, які полягають в умисному спричиненні сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень, або серйозного збитку психічному або фізичному здоров'ю. У даний час загально визнано, що злочини проти людяності можуть відбуватися як у мирний, так і у воєнний час. Прийняте положення зазначене із посиланням на визначення, як «торгівля людьми», що розглядається як злочин проти людяності³.

Якщо ми ретельно проаналізуємо ст. 7 Римського статуту, то можемо виявити таку підставу. Приклад цьому – насильницьке переміщення населення (підпункт d) п. 1 ст. 7 Статуту). Поряд з депортацією, воно визначено так: «насильницьке переміщення осіб, підданих виселенню або іншим примусовим діям з району, в якому вони законно перебувають за відсутності підстав допускаються міжнародним правом».

Статут не вимагає докази переходу через міжнародні кордони, йдеться лише про «переміщення» цивільного населення. Крім цього, на відміну від насильницького зникнення людей, здійснюється «державною або політичною організацією з їх дозволу, при їх підтримці або за їх згодою» (підпункт i) п. 1 ст. 7 Статуту), для насильницького переміщення людей такої вимоги не існує. Тобто це діяння може бути вчинено і групою осіб (наприклад, торговцями людьми), які не є представниками держави.

Якщо застосовувати зазначені інтерпретації до визначення торгівлі людьми, можна дійти висновку, що дана практика може бути кваліфікована як насильницьке переміщення людей в сенсі підпункту d) п. 1 ст. 7 Статуту. Однак особи, які підлягають депортації або насильницькому переміщенню, повинні законно перебувати на території відповідної держави і тому перевезення нелегальних мігрантів в інші країни, як жертви торгівлі не утворюють складу насильницького переміщення на підставі зазначеної статті⁵.

Слід також проаналізувати положення, закріплене в підпункті c) п. 2 ст. 7 даного міжнародно-нормативного акта, в якому говориться: «Поневолення означає здійснення будь-яких або всіх повноважень, пов'язаних з правом власності щодо особистості, і містить в собі здійснення таких повноважень у ході торгівлі людьми, в зокрема жінками і дітьми»³.

Перше, на що ми повинні звернути увагу в наведеному визначенні – це співвідношення між торгівлею людьми та поневоленням. Основним елементом поневолення, закріпленого у вищезазначеній статті, право на власність, виходить з наведеного визначення рабства, що міститься в Конвенції про рабство від 1926 р.⁴: «Під рабством розуміється положення або стан особи, щодо якої здійснюються деякі або всі повноваження властиві праву власності». У контексті торгівлі людьми подальша експлуатація особи може бути легко кваліфікована як рабство, оскільки особа піддається сексуальній чи іншій експлуатації в країнах, куди її перемістили³.

Подібна інтерпретація збігається з позицією Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії, визначене ним у рішенні у справі Kunarac. У даному рішенні Суд зазначив, що можливість купити або продати будь-яку особу, яким би значимим цей факт не був, сама по собі недостатня для встановлення того, чи мав місце факт поневолення⁶. Це означає, що поряд з фактом транспортування особи з одного місця в інше повинні існувати й інші елементи. Так, якщо торговці продовжують самі експлуатувати свої жертви, торгівля людьми в цьому випадку може бути кваліфікована як рабство. А якщо після доставки осіб за місцем призначення торгівлі людьми припиняється здійснення володіння над ними, то торгівля людьми не може в таких випадках розглядатися як рабство. Разом із тим Югославський трибунал підкреслив, що «тривалість здійснення повноважень, властивих праву власності, є ще одним фактором, який повинен бути прийнятний за основу при встановленні факту поневолення певної особи»⁶.

Також необхідно розмежовувати розуміння щодо експлуатації людей. Може здатися, що для кваліфікації діяння як торгівлі людьми елемент подальшої експлуатації особи є обов'язковим. Однак такий підхід може бути проблемним, оскільки не всі жертви торгівлі людьми в майбутньому підлягають експлуатації. Наприклад, це може мати місце в разі раннього виявлення цих дій правоохоронними органами відповідної держави⁷. У таких випадках діяння не може бути кваліфіковане як торгівля людьми. Саме тут ми повинні виділити такий важливий момент: вираз «з метою експлуатації», використаний у визначенні торгівлі людьми, що міститься в прийнятому 2000 р. «Протоколі про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми і покарання за неї»⁸, дає підставу для подальшої інтерпретації: для кваліфікації діяння, як торгівлі людьми сам факт експлуатації може і не мати місця, і досить при цьому виявлення в торгівлі людьми спрямованого на експлуатацію *mens rea*, є наміри піддати експлуатації жертв торгівлі людьми.

Все вищесказане, разом із тим, свідчить про таке: якщо торгівля людьми не утворює складу злочину поневолення, то в такому випадку для кваліфікації її як злочину проти людяності потрібно знайти додаткові підстави.

Крім цього, інтерес становить і вираз «інші нелюдські діяння», використане в підпункті k) п. 1 ст. 7 Римського Статуту. Значимо, що Статут не містить конкретизації даного визначення. Важливо, щоб подібні діяння були схожі за своїм характером із зазначеними у ст. 7 іншими діяннями та полягали в умисному заподіянні сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень, або заподіянні серйозного збитку психічному або фізичному здоров'ю. Торгівля людьми в певному сенсі може бути віднесена до даної категорії.

Жертв торгівлі людьми частіше змушують подорожувати протягом тривалого часу, в нестерпних умовах, в переповнених вантажівках і контейнерах, у результаті чого багато людей фізично виснажуються. Крім того, торговці кидають жертв на півдорозі, піддають їх фізичному або статевому насильству³. Ці приклади відповідно до підпункту k) п. 1 ст. 7 Римського статуту можуть бути кваліфіковані як «інші нелюдські діяння». Таким чином, якщо торгівля людьми не може бути кваліфікована як рабство і поневолення, вона може не бути віднесена до «інших діянь».

Щоб будь-яке діяння було кваліфіковано як злочин проти людяності, необхідна наявність декількох важливих елементів. Напад на цивільне населення «повинен бути широкомасштабним або систематичним». Напад охоплює «будь неприпустиме поводження з цивільним населенням», однак при цьому діяння, передбачені в п. 1 ст. 7 Римського статуту, повинні відбуватися неодноразово. «Широкомасштабність» діяння означає, що воно охоплює значні простори й викликає велику кількість жертв, і тому ізольовані акти в принципі не можуть розглядатися як злочин проти людяності. Поняття «систематичність» вимагає, щоб акти насильства мали організаційний характер. Іншим важливим виразом є «якщо такий напад здійснюється свідомо». Це означає, що для встановлення факту злочину проти людяності потрібна наявність злочинного наміру. У зв'язку з цим Югославський трибунал зазначив, що обвинувачений повинен був мати намір зробити дане діяння, і він повинен був знати «про те, що відбувається напад на цивільне населення і його дії становлять важливу частину цього нападу»⁴.

Крім цього, відповідно до підпункту а) п. 2 ст. 7 Римського статуту, злочини проти людяності відбуваються з метою проведення політики держави або певної організації. Аналіз вищевказаних елементів дає підставу визначити, що торгівля людьми в певних випадках може бути кваліфікованою, як злочин проти людяності.

Як уже зазначалося раніше, торгівля людьми досить поширена в усьому світі й фактично всі держави охоплені, в тій чи іншій формі. Даний вид злочинної діяльності, особливо у тих випадках, коли залучені організовані злочинні групи, має систематичний характер. Крім цього, за визначенням торгівлі людьми, що міститься в Протоколі про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми»⁸, виявляється, що торговці повинні розуміти про факт нападу проти цивільного населення.

Разом із тим слід вказати, що торгівля людьми не утворює складу злочину проти людяності у всіх випадках. Вище ми вже зазначали, що торгівля людьми не завжди утворює склад поневолення, насильницького переміщення або інших нелюдських діянь. По-друге, члени сім'ї, родичі та друзі можуть бути залучені в торгівлю людьми, її діяльність може не мати систематичний характер, подібно діяльності організованих злочинних груп⁹.

У випадках, коли торгівля людьми набуває статусу злочину проти людяності, виникає низка важливих міжнародно-правових наслідків. Насамперед з'являються перспективи розгляду справ, пов'язаних з торгівлею людьми Міжнародним кримінальним судом.

Якщо здійснення юрисдикції Міжнародного кримінального суду не має місця, торгівля людьми як злочин проти людяності може виступати як підстава для встановлення універсальної юрисдикції держав. Хоча принцип універсальної юрисдикції не знайшов відбиток у Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності, ідея здійснення даного принципу щодо торгівлі людьми широко дотримується в доктрині⁴.

Проблеми та обмеження Міжнародного кримінального суду при розгляді справ спостерігалися в різних випадках, що стосуються злочинів проти людяності, а також торгівлі людьми. Міжнародний кримінальний суд, незважаючи на те, що він є універсальним органом для розгляду міжнародних злочинів, таких, як ті, що визначені Римським статутом, не зміг винести багато успішних судових рішень у справах про злочини проти людяності.

Проте слід зазначити про злочинну діяльність торгівлі людьми, яка була здійснена у Лівії. Було створено зв'язок між торгівлею людьми, сексуальним та гендерним насильством. У своєму звіті до Ради Безпеки ООН прокурор Міжнародного кримінального суду, який стривожений природою та масштабами злочинів, нібито вчинених проти мігрантів, включаючи жінок та дітей, під час їх транзиту через Лівію, розглядав можливість розпочати розслідування щодо державних та недержавних суб'єктів та ополчення, залучених до мереж торгівлі людьми та контрабанди, що діють у Лівії⁹.

Висновки. На основі усього вищезазначеного можна зробити висновок, що розгляд торгівлі людьми як злочину проти людяності є корисним з точки зору прав людини, оскільки при цьому стає можливим застосування норм і принципів прав людини. Перевага розгляду торгівлі людьми як злочину проти людяності, а не як звичайного злочину полягає в тому, що це справить більший вплив на держави і міжнародне товариство в тому сенсі, що такі норми прав людини, заборона тортур і рабства будуть побічно застосовуватися в рамках національного та міжнародного кримінального судочинства. Тим паче, Міжнародний кримінальний суд, а точніше його Статут, повинен розглядати дану злочинну діяльність як одну із пріоритетних. Тому, Статут повинен піддаватися реформуванню та оновленню.

Підсумовуючи, переконані, що торгівля людьми як злочин проти людяності створить основу для глобальних акцій проти міжнародного протиправного діяння.

¹ United Nations General Assembly. Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United National Convention against Transnational Organized Crime. (Palermo Protocol), Article 3. 2000. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx>

² Global Report on Trafficking in Persons 2018. P. 21. URL: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf

³ Римський Статут Міжнародного кримінального суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588

⁴ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789

⁵ Judge Hans-Peter Kaul (Judge of the International Criminal Court), The International Criminal Court: Current Challenges and Perspectives, Speech at the Conference on 'The International Criminal Court in the 21st Century', held on 17 July 1998, Washington University Global Studies Law Review, Vol. 6:575 (2007). URL: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/356626199.pdf>

⁶ Chuang J. Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts // Harvard Human Rights Journal. 1998. Vol. 11. P. 65. URL: <http://www.info-library.com.ua/libs/stattya/5372-torgivlja-ljudmi-jak-zlochyn-proti-ljudjanosti-postanovka-problemi.html>

⁷ Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_791

⁸ Конвенція про рабство від 25 вересня 1926 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_161

⁹ Dr. Mohamed Y. Mattar, The International Criminal Court (ICC) Becomes a Reality: When Will the Court Prosecute The First Trafficking in Persons Case?, The Protection Project (9 June 2002). URL: <https://www.icc-cpi.int/>

Резюме

Плахотнюк Н.В., П'ятковська Т.В. Міжнародний кримінальний суд розглядає торгівлю людьми як злочин проти людяності.

У статті досліджено, на якій стадії Міжнародний кримінальний суд розглядає торгівлю людьми як злочин проти людяності. Зокрема, ст. 7 Римського статуту має характеристику злочинів проти людяності, при цьому існує прийняте положення, що зазначене із посиланням на визначення, як «торгівля людьми», що розглядається як злочин проти людяності. Проте торгівля людьми наразі не закріплена офіційно у Римському статуті, що є підставою для подальшого його оновлення. Також здійснено аналіз включення злочину торгівлі людьми як дискретного міжнародного злочину в рамках Римського статуту.

Ключові слова: торгівля людьми, Міжнародний кримінальний суд, Римський статут, злочини проти людяності, експлуатація людей, поневолення.

Резюме

Плахотнюк Н.В., Пятковская Т.В. Международный уголовный суд рассматривает торговлю людьми как преступление против человечности.

В статье исследовано, на какой стадии Международный уголовный суд рассматривает торговлю людьми как преступление против человечности. В частности, ст. 7 Римского статута имеет характеристику преступлений против человечности, при этом существует принятое положение, которое указано со ссылкой на определение, как «торговля людьми», что рассматривается как преступление против человечности. Однако торговля людьми пока не закреплена официально в Римском статуте, что является основанием для дальнейшего его обновления. Также проведен анализ включения преступления торговли людьми как дискретного международного преступления в рамках Римского статута.

Ключевые слова: торговля людьми, Международный уголовный суд, Римский статут, преступления против человечности, эксплуатация людей, порабощение.

Summary

Nataliia Plakhotniuk, Tetiana Piatkovska. International Criminal Court considers Human Trafficking as a Crime Against Humanity.

The article examines at what stage the International Criminal Court views trafficking in human beings as a crime against humanity. In particular, Article 7 of the Rome Statute has the characteristics of crimes against humanity, and there is an accepted provision, cited with reference to the definition of “Trafficking in Human Beings”, which is considered a crime against humanity.

However, trafficking in human beings is not yet formally enshrined in the Rome Statute, which is the basis for its further updating. Trafficking in human beings is now often qualified as a “modern form of slavery” by international organizations, politicians, and scholars. The consequences of this crime are extremely serious in destroying the stabilization of the international political situation in the world. Researchers believe that the number of victims far outweighs the number of identified victims. Worldwide, statistics annually show 800,000 to 2.5 million trafficked people worldwide. This criminal activity affects almost all countries in the world and the profits generated from this criminal business are \$ 7 billion to \$ 10 billion a year.

The case for extending the scope of the Rome Statute to the crime of trafficking in human beings has not yet been elaborated. The cruelty that occurs during trafficking in human beings by criminal groups is as horrific as other crimes covered by the Rome Statute, but is not within the jurisdiction of the International Criminal Court. Such trafficking may also go beyond the definition of slavery as a crime against humanity, especially given the statutory threshold of public policy.

This article seeks to examine at what stage the International Criminal Court views trafficking in human beings as a crime against humanity. It will also address the inclusion of the crime of human trafficking as a discrete international crime within the Rome Statute in response to this loophole. As a result, the inclusion of the crime of human trafficking as a discrete international crime within the Rome Statute was analyzed.

Key words: human trafficking, the International Criminal Court, the Rome Statute, crimes against humanity, human exploitation, enslavement.

О.М. ПОЛІВАНОВА

Олена Миколаївна Поліванова, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

ORCID: 0000-0002-5670-8900

СУМІСНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЛЮСТРАЦІЇ ІЗ ПРАВОМ НА ПОВАГУ ДО ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ ВІДПОВІДНО ДО СТ. 8 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

Постановка проблеми. 17 жовтня 2019 р. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) виніс рішення у справі «Полях та інші проти України»¹ (далі – справа Поляха, Рішення). Справа стосувалась звільнення п'яти державних службовців (заяви № 58812/15, 53217/16, 59099/16, 23231/18 та 47749/18) відповідно до Закону України «Про очищення влади» 2014 р.² (далі – Закон). У даній справі позивачі, зокрема, заявляли, що застосування до них обмежувальних заходів, передбачених Законом, порушило їх право на повагу до приватного життя³, закріпленого ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод⁴ (далі – ЄКПЛ, Конвенція). Відповідно до ст. 8 Конвенції кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції⁵. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права. Винятком є випадки, коли втручання здійснюється відповідно до закону і є необхідним у демократичному суспільстві – в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту держави, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб⁶.

Перші три позивачі також скаржилися на те, що тривале невиконання національними судами розгляду їхніх вимог щодо звільнення з посад згідно із Законом порушило їх право на справедливий судовий розгляд у розумний термін відповідно до ст. 6 Конвенції⁷. Поряд із тим другий заявник оскаржував в ЄСПЛ відсутність в Україні ефективного засобу правового захисту його скарг⁸.

Визнавши факт порушення ст. ст. 6.1 і 8 Конвенції⁹, Суд, керуючись ст. 41 Конвенції¹⁰, зобов'язав Україну відшкодувати заподіяну заявникам моральну шкоду виплатою у розмірі 5 тисяч євро кожному і компенсувати сумою 1,5 тисячі євро витрати першого заявника та сумою у 300 євро – витрати кожного другого – п'ятого заявників¹¹. Дане рішення винесене Палатою Суду і, за відсутності звернення будь-якої сторони спору із клопотанням про передачу справи на розгляд Великої палати упродовж трьох місяців від дати постановлення рішення, вважатиметься остаточним (ст. 43 Конвенції¹² та ст. 73 Регламенту Суду¹³).

Враховуючи той факт, що попередня практика ЄСПЛ щодо розгляду індивідуальних заяв з питань порушення права на повагу до приватного життя, закріпленого ст. 8 Конвенції, застосуванням державами-сторонами люстраційних заходів стосувалася переважно посткомуністичної люстрації в державах Центральної та Східної Європи¹⁴ (періоду переходу від тоталітарного комуністичного режиму до демократії¹⁵), рішення у справі Поляха сьогодні можна вважати ключовим для визначення критеріїв сумісності застосування заходів люстрації зі ст. 8 Конвенції в умовах «молодої української демократії» – на що вказує риторика Заключного висновку Венеціанської комісії 2015 р.¹⁶, а також самого ЄСПЛ (використана у Рішенні¹⁷), чим і зумовлюється актуальність даного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню окремих аспектів практики ЄСПЛ, у тому числі щодо встановлення порушень права на повагу до приватного життя, закріпленого ст. 8 Конвенції, присвячено чимало праць як вітчизняних – Ю.І. Дем'яненка¹⁸, Т.І. Дудаш¹⁹, Є.Д. Копельців-Левицької²⁰, В.Є. Мармазова²¹, В.П. Паліюка²², В.О. Серьогіна²³, Н.С. Стефанів²⁴, так і зарубіжних авторів: Ю. Араї-Такаші²⁵, Г.Т. Гомез-Аростегуї²⁶, Дж.Х.Г. ван Гуфа²⁷, П. ван Дука²⁸, У. Кілкеллі²⁹, Я. Кемерона³⁰, Л.Г. Лукайдес³¹, Дж.Дж. Меррілс³², Ф. Оста³³, І. Роагні³⁴, Д. Фельдмана³⁵ та ін. Поза увагою не залишаються і роботи С.В. Бондаренка³⁶, К. Вільямса³⁷, Я. Вукса³⁸, Р. Давида³⁹, М. Кілінгсворта⁴⁰, Н. Леткі⁴¹, Е. Матанович⁴², Б. Міжгаль⁴³, Дж. Равайті⁴⁴, М. Синтії⁴⁵, у яких здебільшого розглядаються проблемні питання застосування законодавства про люстрацію посткомуністичної доби у державах Центральної та Східної Європи. Однак комплексні дослідження сумісності застосування заходів люстрації, із визначенням критеріїв її оцінки в тому числі в Україні, зі ст. 8 Конвенції сучасного періоду, практично відсутні. Враховуючи це, у статті зроблено спробу здійснити таке дослідження і заповнити відповідну прогалину української науки європейського права.

Формулювання мети статті. Метою статті є визначення та комплексне дослідження критеріїв сумісності застосування заходів люстрації із правом на повагу до приватного життя відповідно до ст. 8 ЄКПЛ, що в умовах відсутності висновку Конституційного Суду України щодо відповідності Закону Конституції України⁴⁶ може як сприяти ефективному судовому розгляду спорів щодо застосування Закону на національному рівні, так і вдосконалити механізми застосування заходів люстрації в Україні у цілому.

Виклад основного матеріалу. Варто зазначити, що справа «Полях та інші проти України» не є єдиним прикладом оскарження в ЄСПЛ сумісності заходів, застосованих до заявників органами державної влади держав-сторін Конвенції відповідно до прийнятих ними нормативно-правових актів щодо люстрації, із ст. 8 Конвенції. Виходячи з практики ЄСПЛ, свого часу заходи, передбачені законодавством про люстрацію, застосовувалися у Словачії (§ 110 рішення у справі «Турек проти Словачії»)⁴⁷, Естонії (§ 56 рішення у справі «Соро проти Естонії»)⁴⁸, Північній Македонії (§§ 70–71 рішення у справі «Караянов проти Колишньої Югославської Республіки Македонії»)⁴⁹, §§ 176–177 рішення у справі «Івановський та інші проти Колишньої Югославської Республіки Македонії»)⁵⁰, Румунії (§§ 29–36 рішення у справі «Найдін проти Румунії»)⁵¹, Литві (§ 55 рішення у справі «Сідабрас і Джаутас проти Литви»)⁵², Латвії (§ 121 рішення у справі «Жданока проти Латвії»)⁵³, § 116 рішення у справі «Адамсонс проти Латвії»)⁵⁴, Польщі (§ 53 рішення у справі «Матіек проти Польщі»)⁵⁵, § 45 рішення у справі «Любох проти Польщі»)⁵⁶, §§ 54–55 рішення у справі «Бобек проти Польщі»)⁵⁷. І у ряді справ Суд уже встановлював, що заходи щодо люстрації залучали право заявників на повагу до їхнього приватного життя, оскільки впливали на їхню репутацію та/або професійні перспективи (§ 110 рішення у справі «Турек проти Словачії»)⁵⁸, § 56 рішення у справі «Соро проти Естонії»)⁵⁹, §§ 70–71 рішення у справі «Караянов проти колишньої Югославської Республіки Македонії»)⁶⁰, §§ 176–177 рішення у справі «Івановський та інші проти колишньої Югославської Республіки Македонії»)⁶¹, §§ 29–36 рішення у справі «Найдін проти Румунії»)⁶², § 49–50 рішення у справі «Сідабрас і Джаутас проти Литви»)⁶³, § 121 рішення у справі «Жданока проти Латвії»)⁶⁴, § 92 рішення у справі «Борисов Анчев проти Болгарії»)⁶⁵. На думку ЄСПЛ, існують деякі типові аспекти приватного життя, на які можуть вплинути такі несприятливі заходи, як звільнення, пониження в посаді чи недопуск до професії. Суд включив до таких аспектів «внутрішнє коло» заявника, його можливість встановлювати та розвивати взаємини із іншими і соціальну та професійну репутацію⁶⁶.

У справі «Денисов проти України» ЄСПЛ зазначив, що існує, як правило, два чинники порушення спору з приводу втручання у приватне життя особи: причини застосування оскаржуваного заходу (у такому випадку Суд застосовує підхід, заснований на причинах), або, у певних випадках – настання наслідків для приватного життя (наслідковий підхід Суду) (§115)⁶⁷. При застосуванні ЄСПЛ наслідкового підходу вирішального значення набуває поріг суворості застосованих заходів у всіх вищезазначених аспектах. Заявник повинен переконливо продемонструвати, що у його справі був досягнутий поріг і представити докази, які підтверджують наслідки оскаржуваного заходу⁶⁸. Суд може визнати застосування ст. 8 Конвенції доречним лише тоді, коли ці наслідки є дуже серйозними і в значній мірі впливають на його особисте життя⁶⁹.

Обґрунтовуючи застосовність ст. 8 Конвенції у справі Полях, Суд використав наслідковий підхід⁷⁰. ЄСПЛ зазначив, що Закон вплинув на заявників трьома способами: їх звільнили з державної служби, їм заборонили обіймати посади на державній службі протягом десяти років і внесли їхні імена до загальнодоступного онлайн-реєстру люстрації⁷¹. Суд зазначив, що поєднання цих заходів створило дуже серйозні наслідки для спроможності заявників встановлювати та розвивати взаємини з іншими та їхньої соціальної й професійної репутації. Вони не просто були відсторонені, понижені чи переведені на інші посади з меншою мірою відповідальності, а звільнені та зняті з державної служби, миттєво втративши всі належні їм переваги⁷². Заявники були позбавлені будь-якої зайнятості на державній службі, сфері, у якій, як кар'єрні державні службовці, вони працювали багато років⁷³. Більше того, факт застосування до заявників обмежувальних заходів відповідно до Закону було піддано розголосу ще до того, як було розглянуто їхнє оскарження⁷⁴. Не зважаючи на те, що Закон не передбачав встановлення індивідуальної винуватості, метою його прийняття було «очищення» державної служби від осіб, пов'язаних із «узурпацією влади», підризом національної безпеки та оборони і порушеннями прав людини⁷⁵. За таких обставин застосування заходів, передбачених Законом, дуже ймовірно пов'язане із соціальною та професійною стигмою – як і стверджували заявники⁷⁶; Уряд України, на протигагу Уряду Болгарії у справі «Анчев проти Болгарії»)⁷⁷, не довів, що на практиці Закон тако-го впливу не мав⁷⁸.

Однак у практиці ЄСПЛ зустрічалися справи подібного контексту, у яких Суд спростував несумісність обмежувальних заходів, застосованих до заявника відповідно до люстраційного законодавства, із ст. 8 Конвенції⁷⁹. Серед таких справ варто звернути увагу саме на справу «Борисов Анчев проти Болгарії» (далі – справа Анчева), яка була ініційована скаргною адвоката – свого часу – високопоставленого посадовця у Болгарії⁸⁰. Заявник скаржився на рішення влади викрити його у 2008 р. за приналежність до колишніх служб безпеки під час комуністичного режиму в Болгарії в рамках застосування ст. 3.1 Закону «Про доступ до та оприлюднення документів і викриття приналежності болгарських громадян до служби державної безпеки та розвідувальних служб Болгарської Народної Армії» 2006 р.⁸¹ і його розміщення на офіційному вебсайті.

Заявник наполягав, що захід (викриття) був застосований до нього органами державної влади Болгарії всупереч його правам в рамках ст. ст. 8, 13 і 6.1 Конвенції⁸². Розглядаючи існування втручання у право на приватне життя заявника в рамках ст. 8 Конвенції, ЄСПЛ підтвердив, що вивільнення або публікація інформації, яка систематично збирається та зберігається органами влади, незалежно від того, стосується вона приватного життя чи публічної діяльності, підпадає під дію ст. 8 Конвенції і є втручанням у право заінтересованих осіб на «повагу до [їхнього] приватного ... життя» (§ 48 рішення у справі «Ліндер проти Швеції»)⁸³, §§ 33–37 рішення у справі «Кемалеттін проти Туреччини»)⁸⁴, §§ 187–190 рішення у справі «М.М. проти Сполученого Королівства»)⁸⁵, §§ 43, 44, 46 рішення у справі «Ротару проти Румунії»)⁸⁶, § 110 рішення у справі «Турек проти Словачії»)⁸⁷.

Констатуючи, що втручання відбувалося відповідно до закону, у справі Анчева ЄСПЛ підкреслив, що застосований до заявника захід засновувався на положеннях закону 2006 р., які були визнані конституційними у 2012 р. Закон було офіційно оприлюднено, тож він був доступним і достатньо передбачуваним – зважаючи на чіткість його формулювань, специфіку регулювання викриття співробітників колишніх служб

держбезпеки та вичерпність переліку посад, що підпадають під його дію⁸⁸. Більше того, закон заклав детальний опис процедури, в рамках якої Комісія, відповідальна за здійснення перевірок, не мала жодної свободи у цьому питанні. Процедури, передбачені законом, були єдиним механізмом викриття причетних осіб, а документи, які їх викривають, не могли бути оприлюднені інакшим способом, ніж той, що передбачений законом; за порушення цього принципу закон передбачав кримінальну відповідальність. Нарешті, закон регламентував судовий перегляд рішення Комісії про викриття на двох рівнях юрисдикції – можливість, якою двічі і скористався заявник у даній справі. Процедура судового перегляду була повністю публічною, і особи, що їй підлягали, не стикалися з жодним обмеженням, в тому числі і доступу до матеріалів, щоб ефективно представляти свої справи. Все це було деталізовано Конституційним Судом Болгарії у його висновку щодо конституційності закону, наявність і зміст якого були враховані ЄСПЛ при винесенні свого рішення⁸⁹.

У справі Поляха ЄСПЛ дійшов висновку, що було втручання у право заявників на повагу до їхнього приватного життя, зазначивши, однак, що таке втручання є сумісним зі ст. 8 Конвенції лише у тому випадку, якщо воно було здійснене «відповідно до закону» та є «необхідним у демократичному суспільстві»⁹⁰.

Попередньою практикою ЄСПЛ встановлено, що втручання у право на повагу до приватного життя особи є здійсненим «відповідно до закону», якщо:

– правовою основою втручання є саме закон, а не адміністративна практика як у «Мелоун проти Сполученого Королівства»⁹¹ чи незобов'язуючі вказівки як у «Канн та інші проти Сполученого Королівства»⁹²;

– закон, про який йдеться, є доступним і сформульованим з достатньою точністю, щоб особи, яких він стосується, могли передбачити міру несприятливих наслідків вчинених ними дій всупереч його положенням (до прикладу – § 75 рішення у справі «Андерсон проти Швеції»⁹³, § 96 рішення у справі Анчева⁹⁴, §§ 267–269 рішення у справі Поляха⁹⁵);

– закон, про який йдеться, містить засіб захисту проти свавілля з боку державних органів⁹⁶.

У справі Поляха Суд підкреслив, що правовою основою застосованих до заявників заходів було внутрішнє законодавство України – Закон «Про очищення влади»⁹⁷. Відповідно до Закону «очищення влади» (люстрація) – це встановлена самим законом або рішенням суду заборона окремим фізичним особам обіймати певні посади (перебувати на службі) (крім виборних посад) в органах державної влади та органах місцевого самоврядування⁹⁸. Виходячи із положень Закону, люстрація ґрунтується на принципах верховенства права та законності, відкритості, прозорості та публічності, презумпції невинуватості, індивідуальної відповідальності, гарантування права на захист⁹⁹.

На думку Суду, з моменту його опублікування Закон був доступним, а також передбачуваним, оскільки містив перелік посад, які підпадали під застосування обмежувальних заходів¹⁰⁰. Нагадаємо, що Закон передбачає звільнення певних категорій осіб з їхніх посад на державній службі, зокрема осіб, які обіймали сукупно не менше одного року такі посади у період з 25 лютого 2010 р. по 22 лютого 2014 р. (п. 1 ст. 3 Закону), а також осіб, які обіймали такі посади будь-який період часу з 21 листопада 2013 р. по 22 лютого 2014 р. (п. 2 ст. 3 Закону). Особам, звільненим з будь-якої такої посади з визначених Законом причин, заборонено протягом десяти років з дня набрання чинності Законом (до 16 жовтня 2024 р.) обіймати посади в органах державної влади та місцевого самоврядування (п. 1 ст. 1 Закону). Для деяких категорій осіб заборона накладається на п'ять років і може бути застосована з моменту набрання законної сили рішенням суду щодо такої особи (п. 4 ст. 1 Закону)¹⁰¹. Разом із тим Закон вимагає від посадових та службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування подання своїм керівникам або іншому органу, вказаному у Законі, у терміни, схвалені відповідними урядовими структурами, заяву (декларацію) (ст. 4 Закону)¹⁰². У ній зазначені особи повідомляють, чи застосовуються до них заборони, передбачені Законом, а також надають згоду на проходження перевірки і оприлюднення відомостей щодо них відповідно до Закону (п. 1 ст. 4 Закону)¹⁰³. Прізвища посадових осіб та посади, з яких вони були звільнені, а також період, на який на них були накладені обмеження, вносяться до Єдиного державного реєстру таких осіб – загальнодоступної онлайн бази даних, що формується і ведеться Міністерством юстиції України (ст. 7 Закону)¹⁰⁴.

У справі Поляха ЄСПЛ констатував, що нездатність заявників передбачити, що під час зайняття ними своїх посад буде прийнято такий закон, за яким до них будуть застосовані передбачені ним обмежувальні заходи, не викликає сумнівів щодо сумісності втручання у право заявників на повагу до їхнього приватного життя зі ст. 8 Конвенції, оскільки заходи, передбачені Законом, не мають неретроспективного характеру¹⁰⁵. Той факт, що зайняття позивачами своїх посад до прийняття Закону було правомірним, на думку Суду, є одним із важливих факторів при оцінці необхідності втручання¹⁰⁶ в цілях, передбачених п. 2 ст. 8 Конвенції¹⁰⁷.

Іншим критерієм сумісності втручання (застосування заходів люстрації) із ст. 8 Конвенції є законність мети здійсненого втручання¹⁰⁸. У справах, що стосувалися посткомуністичної люстрації в інших державах центральної та східної Європи, Суд постановив, що заходи люстрації мають законну мету захисту національної безпеки та громадської безпеки, запобігання бездадам та захисту прав і свобод інших (§ 55 рішення у справі «Сідабрас та Джяугас проти Литви»¹⁰⁹, § 51 рішення у справі «Найдін проти Румунії»¹¹⁰, § 100 рішення у справі Анчева¹¹¹). У справі Поляха Суд, посилаючись на §§ 24 і 26 Проміжного висновку Венеціанської комісії¹¹², зазначив, що Закон має дві законні цілі:

– захист суспільства від осіб, які через свою минулу поведінку могли б загрожувати новоствореному демократичному режиму;

– очищення державного управління від осіб, які вчинили масштабну корупцію¹¹³.

Суд не побачив підстав сумніватися в тому, що у відповідний період українська державна служба справді зіштовхувалась зі значними викликами, які виправдовували необхідність заходів реформи для досягнення цілей, визначених Венеціанською комісією. У цьому сенсі проголошені Законом цілі можуть розглядатися як такі, що в цілому відповідають цілям, визнаним Судом законними у своїй практиці стосовно посткомуніс-

тичної люстрації в інших центрально-східноєвропейських державах¹¹⁴. Роль Суду, однак, відрізняється від тієї, яку відіграє Венеціанська комісія. У справі «Муршич проти Хорватії»¹¹⁵ (далі – справа Муршича) так само, як і у іншій своїй попередній практиці, ЄСПЛ неодноразово зазначав, що, хоча Суд і формально не зобов'язаний дотримуватися своїх попередніх рішень, в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед законом він не повинен відходити без поважних причин від прецедентів, встановлених у попередніх справах (§ 74 рішення у справі «Крістін Гудвін проти Сполученого Королівства»¹¹⁶, § 104 рішення у справі «Скоппола проти Італії»¹¹⁷, § 50 рішення у справі «Сабрі Гюнеш проти Туреччини»¹¹⁸). Разом із тим обов'язком Суду при встановленні наявності чи відсутності порушення конкретної статті Конвенції є врахування всіх обставин, які мають стосунок до конкретної справи, що ним розглядається, в той час як інші міжнародні інституції (як-от Європейський комітет із питань запобігання катуванням та нелюдському чи принизливому поводженню або покаранню, стандарти якого ЄСПЛ у ряді справ, що перебували на розгляді, відмовився трактувати як вирішальні при оцінці в рамках ст. 3 Конвенції (§ 111 справи «Муршич проти Хорватії»¹¹⁹, §§ 144–145 рішення у справі «Ананьев та інші проти Росії»¹²⁰, §§ 68 і 76 рішення у справі «Торреджіані та інші проти Італії»¹²¹, § 43 рішення у справі «Сулейманович проти Італії»¹²², § 53 рішення у справі «Теллісі проти Італії»¹²³, § 81 рішення у справі «G.C. проти Італії»¹²⁴) розвивають загальні стандарти в окремій галузі, спрямовані на запобігання таких порушень у майбутньому¹²⁵. Суд підкреслив, що його роль полягає у проголошенні кожної конкретної ситуації, яка ним розглядається, такою, що прирівнюється чи не прирівнюється до порушення Конвенції¹²⁶. Так само у справі Поляха Суд наголосив, що він повинен з'ясувати, чи застосовані до заявників заходи в конкретних обставинах їх справ, а не абстрактно, мали законну мету і були «необхідними в демократичному суспільстві» у значенні п. 2 ст. 8 Конвенції¹²⁷.

На думку Суду, його попередні висновки у справах про посткомуністичну люстрацію¹²⁸ мають лише обмежене значення у справі Поляха, зокрема, щодо перших чотирьох заявників, оскільки заходи, передбачені Законом, значно ширші за обсягом і застосовувалися до заявників у контексті, відмінному від того, який панував в інших країнах Центральної та Східної Європи, коли вони реалізовували свої програми люстрації¹²⁹. Зокрема, у попередніх випадках Суд розглядав колишніх (ймовірно) співробітників спецслужб тоталітарного режиму; у цій справі заявники займали посади в установах держави на демократичних конституційних засадах. Більше того, основою їх звільнення є не конкретні виконувані ними функції, а колективна відповідальність осіб, залучених до служби в державних установах за часів президента Януковича, та їх зв'язок із антидемократичними тенденціями та подіями, що відбулися в той період. Таким чином, передбачувана загроза функціонуванню демократичних інститутів з боку широкого кола осіб, які підпадають під застосування передбачених Законом заходів, не може бути прирівняна до тієї, яка поставала у випадках співпраці з тоталітарними службами безпеки¹³⁰.

Як у практиці ЄСПЛ¹³¹, так і в документах Ради Європи щодо люстрації¹³² усталеним є принцип, що люстрація не може використовуватися для покарання, відплати чи помсти. Те саме стосується оскаржуваних заходів, передбачених Законом. Згідно із твердженнями Верховного Суду та Уряду України, метою Закону було відновлення довіри до державних установ та захисту демократичного управління¹³³. Однак ці цілі могли бути досягнуті менш нав'язливими засобами, такими як, де це можливо, після індивідуальної оцінки, усунення заявників з посади та переведення їх, де це можливо, на менш чутливі посади¹³⁴. «Далекосяжний характер заходів, застосованих до заявників у поєднанні із «зарядженими формулюваннями» положень першого розділу Закону щодо його цілей, підвищують ймовірність того, що деякі із цих заходів могли б бути мотивованими, принаймні частково, мстивістю щодо осіб, пов'язаних із попередніми урядами. Якщо б це було так, то, не маючи на меті захист демократичного ладу, заходи Закону можна було б сприймати як підрич цього самого ладу політизацією державної служби – проблему, задля боротьби із якою його і було прийнято»¹³⁵, – йдеться у Рішенні Суду.

Крім того, не слід забувати, що заходи, передбачені Законом, були застосовані до заявників і інформація про це була опублікована негайно. У §§ 75–76 рішення у справі «Караянов проти Македонії» Суд констатував, що публікація рішення Люстраційної комісії Македонії щодо співпраці заявника зі службами державної безпеки у 1960-х рр. не мала жодної законної мети у значенні п. 2 ст. 8 Конвенції, оскільки: а) заявник на той час не обіймав посади і не був кандидатом на таку посаду; б) рішення було опубліковане до того, як апеляція на таке рішення була розглянута судами¹³⁶. Останнє траплялося також і стосовно заявників у справі Поляха, і Венеціанська комісія у Проміжному висновку щодо Закону висловила серйозні сумніви щодо сумісності цього аспекту процедури люстрації відповідно до Конвенції з самою Конвенцією¹³⁷. Більше того, у Заключному висновку Комісія також попередила про наслідки надмірно широкої особистої сфери застосування Закону, підкреслюючи, що такий широкий підхід може бути невиправданим і з точки зору законної мети, на досягнення якої спрямовані люстраційні заходи, а саме – мети захисту демократичного управління, а не помсти¹³⁸.

Зважаючи на вищезазначені міркування, Суд мав сумніви щодо того, чи мало втручання у право на приватне життя заявників законну мету¹³⁹.

Суд зауважив, що втручання буде вважатися «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення законної мети, якщо воно здійснене за «нагальної суспільної потреби» і, зокрема, якщо воно пропорційне законній меті¹⁴⁰. Незважаючи на те, що саме національні органи повинні зробити первісну оцінку наявності такої необхідності, остаточна оцінка того, чи є причини, з яких здійснене втручання релевантне та достатнє, залишається предметом розгляду Суду, зокрема – щодо його відповідності вимогам Конвенції (§ 90 рішення у справі «Чепмен проти Сполученого Королівства»)¹⁴¹.

Заходи, передбачені Законом, застосовувалися до заявників через їхній зв'язок із правлінням екс-президента Віктора Януковича¹⁴². Сторони не спростовували, що період правління пана Януковича в Україні

характеризувався низкою негативних зрушень щодо поваги до демократії, верховенства права та прав людини, і що його уряд сприймався як недемократичний і задіяний у широкомасштабній системній корупції. Ряд міжнародних спостерігачів також висловили зауваження, вказуючи на подібні проблеми¹⁴³. Цей період завершився драматичними подіями Євромайдану, які призвели до падіння уряду pana Януковича. Отже, за таких обставин заходи зміни та реформи державної служби, включаючи заходи щодо державних службовців, особисто пов'язаних із зазначеними негативними подіями, були, в принципі, виправданими¹⁴⁴.

Питання полягало в тому, чи, застосувавши обмежувальні заходи до заявників незалежно від конкретних функцій, які вони виконували, і засновуючись виключно на факті зайняття ними певних відносно високих посад під час правління pana Януковича, держава-відповідач перевищила свої повноваження¹⁴⁵.

У ряді справ (§ 102 рішення у справі Анчева¹⁴⁶, § 113 рішення у справі «Ян та інші проти Німеччини»¹⁴⁷, § 166 рішення у справі «Гуттен-Чапська проти Польщі»¹⁴⁸, §§ 179–180 рішення у справі «Великова та інші проти Болгарії»¹⁴⁹, § 55 рішення у справі «Камбуров проти Болгарії»¹⁵⁰) Суд зазначив, що в умовах посткомуністичної люстрації договірні держави, які постали із недемократичних режимів, мають широкі повноваження щодо вибору способів поведінки зі спадщиною таких режимів. З огляду на обставини справи Поляха Суд дійшов висновку, що владі в цій справі слід надавати аналогічну оцінку¹⁵¹. ЄСПЛ, однак, зазначає, що навіть у контексті справ, пов'язаних із переходом від тоталітарного режиму до демократії та за участю (ймовірно) співробітників тоталітарних служб безпеки, він ніколи не стикався з обмежувальними заходами такого широкого масштабу, що застосовуються до державних службовців лише за те, що ті залишилися на своїх посадах при уряді, який згодом був визнаний недемократичним¹⁵². Суд встановлював порушення Конвенції навіть у тих випадках, коли заходи люстрації застосовувалися без достатньої індивідуалізації (§ 116 рішення у справі «Адамсонс проти Латвії»¹⁵³, §§ 60–64 рішення у справі «Соро проти Естонії»¹⁵⁴). Така індивідуалізація, хоча взагалі у прецедентній практиці Суду і вважається необхідною (відповідно до § 33 рішення у справі «Зікус проти Литви»¹⁵⁵, § 125 рішення у справі «Адамсонс проти Латвії»¹⁵⁶, §§ 60–61 рішення у справі «Соро проти Естонії»¹⁵⁷, § 115 рішення у справі «Турек проти Словаччини»¹⁵⁸, § 12 Резолюції ПАРС 1096¹⁵⁹, § 104 (с) Проміжного висновку Венеціанської комісії щодо Закону¹⁶⁰), не завжди є необхідною на рівні кожної конкретної справи особи і може бути здійснена на законодавчому рівні. Разом із тим у §§ 109–111 рішення у справі Анчева Суд зауважив, що для вибору саме такого підходу слід мати переконливі причини¹⁶¹. Якість парламентського та судового переглядів законодавчої схеми є особливо важливим фактором у цьому відношенні (§§ 113–116 рішення у справі «Енімал Дефендерс Інтернешенал (Animal Defenders International) проти Сполученого Королівства»)¹⁶².

Інші чинники, які слід враховувати при оцінці сумісності законодавчої схеми, що передбачає введення обмежувальних заходів, за відсутності індивідуалізованої оцінки поведінки особи, – це суворість заходів, що застосовуються,¹⁶³ а також, чи законодавча схема достатньо вузько розроблена для вирішення нагальної соціальної потреби, на вимогу якої вона і застосовується на основі принципу пропорційності¹⁶⁴. Відтак, у справі «Жданока проти Латвії» заявниця, зокрема, стверджувала, що дискваліфікація її від участі у виборах до парламенту Латвії і у муніципальних виборах відповідно до ст. 5 (б) Закону про парламентські вибори 1995 р. на тій підставі, що вона «активно брала участь» у діяльності КПРС після 13 січня 1991 р.,¹⁶⁵ порушила її права, гарантовані ст. 3 Протоколу № 1 та ст. ст. 10 і 11 Конвенції¹⁶⁶. Суд встановив, що пропорційність оскаржуваного заявницею обмеження законної меті слід оцінювати з урахуванням особливого історико-політичного контексту і, як результат, широкі повноваження держави в цьому відношенні¹⁶⁷. У справі «Партія добробуту (Refah Partisi) та інші проти Туреччини» Суд постановив, що дії лідерів партії можуть бути приписані партії, якщо вона не віддаляється від них¹⁶⁸. Зважаючи на критичні події виживання демократії в Латвії, що відбулися після 13 січня 1991 р., для латвійського законодавчого органу було доцільним припустити, що провідні діячі КПЛ займають антидемократичну позицію, якщо тільки своїми діями вони не спростували цю презумпцію, наприклад, активно відмежовуючись від КПЛ у цей час. Однак заявниця не зробила жодної заяви про відсторонення від КПРС/КПЛ у той самий час, чи в будь-який час після цього¹⁶⁹. Суд зауважив, що Конвенція не виключає ситуації, коли обсяг та умови обмежувального заходу можуть бути детально визначені законодавчим органом, залишаючи судам загальної юрисдикції лише завдання перевірити, чи належить певна особа категорії або групі, на яку поширюється передбачений законом захід (§ 125 справи «Жданока проти Латвії»)¹⁷⁰.

Звертаючись до обставин справи Поляха, Суд зауважив, що застосування до заявників заходів, закріплених Законом, не передбачало індивідуальної оцінки їх поведінки. Насправді ніколи не було заявлено, що заявники самі чинили якісь конкретні діяння, що підривали демократичне управління, верховенство права, національну безпеку, оборону чи права людини¹⁷¹. Суду залишилося встановити, чи ця законодавча схема застосована до заявників, відповідає критеріям, розробленим у практиці Суду¹⁷².

Як зауважував Суд, заходи, застосовані до заявників, були дуже обмежувальними та широкими. Тому, на думку Суду, для їх застосування були потрібні такі переконливі причини, які навіть за відсутності індивідуальної оцінки поведінки заявників допускали б їх застосування на самій лише підставі, що зайняття заявниками посад у період, коли пан Янукович обіймав посаду Президента, достатньо продемонструвало, що їм не вистачає вірності демократичним принципам державної організації чи їх причетність до корупційних схем¹⁷³. Уряд не вказував на будь-яке обговорення таких причин під час депутатських дебатів щодо Закону. Зовсім навпаки, у ст. 1 Закону серед принципів, які повинні керувати процесом очищення влади, перелічено «презумпцію невинуватості» та «індивідуальну відповідальність». Для Суду це свідчить про певну відсутність узгодженості між проголошеними цілями Закону та правилами, які він фактично оприлюднив. Конституційний Суд України поки що не завершив свою перевірку конституційності Закону. Отже, Суд не може скористатися своїми поглядами на цю тему так, як він зробив у інших подібних ситуаціях¹⁷⁴. Наприклад, в Ені-

мал Дефендерс Інтернешенал заявник скаржився на заборону на платну політичну рекламу відповідно до ст. 321 (2) Закону «Про комунікації» 2003 р. Звертаючись до пропорційності цього загального заходу, Суд, насамперед вивчив національні парламентські та судові перегляди його необхідності, котрі, на думку Суду, мали центральне значення і для даної справи¹⁷⁵. Суд спирався на висновок органу конституційної юрисдикції держави і у справі «Анчев проти Болгарії»¹⁷⁶.

Повертаючись до рішення у справі Поляха, слід зауважити, що Суд не був упевнений, що законодавча схема, застосована Законом, була достатньо вузько розробленою для задоволення «нагальної соціальної потреби», Згідно із Законом¹⁷⁷. У зв'язку із цим примітно, що законодавча схема була значно ширшою та узагальненішою, ніж прийняті, наприклад, Польщею (§§ 27–29 рішення у справі «Матиск проти Польщі»¹⁷⁸) або Латвією (§§ 57 і 126 рішення у справі «Жданока проти Латвії»¹⁷⁹). Останні застосовувалися лише до тих, хто відігравав активну роль у діяльності колишньої влади, яка діяла в супереч демократії¹⁸⁰. Наприклад, як свідчать справи другого та третього заявників, заходи за Законом можуть бути застосовані навіть до державного службовця, який був призначений на посаду задовго до того, як пан Янукович став президентом, ґрунтуючись лише на тому факті, що він не пішов у відставку з посади протягом року після вступу на посаду пана Януковича¹⁸¹. На думку Суду, кар'єрні державні службовці не можуть бути піддані застосуванню таких обмежувальних заходів лише за те, що вони залишилися на державній службі після обрання нового глави держави¹⁸².

Більше того, не існує чіткого пояснення часових рамок застосування обмежувальних заходів за Законом¹⁸³. У своєму Заключному висновку від 19–20 червня 2015 р. по Закону Венеціанська комісія зазначила, що часові рамки, встановлені у ст. 3.1 Закону – зайняття посади «щонайменше рік кумулятивно між 25 лютого 2010 р. та 22 лютого 2014 р.», потребують певного обґрунтування¹⁸⁴. Зважаючи на те, що ст. 3.1 Закону здебільшого стосується посад високого рівня в державній адміністрації, незрозуміло, чому потрібен мінімальний строк зайняття таких посад і чому цей мінімальний строк встановлений в один рік¹⁸⁵.

Як вказав Уряд, ключовим доказом антидемократичного характеру правління пана Януковича є Рішення Конституційного Суду України 2010 р., яке призвело до розширення повноважень останнього порівняно із наявними під час обрання, рішення, яке було піддано критиці Венеціанською комісією (§ 12, 35, 36, 37 Висновку щодо конституційної ситуації в Україні)¹⁸⁶. Однак Закон не надає жодного значення цьому рішення, або, з цього приводу, жодному іншому негативному прецеденту періоду правління пана Януковича, окрім прецеденту вступу на посаду його самого. У будь-якому випадку Судом не було виявлено зв'язку заявників із подібними конкретними негативними подіями¹⁸⁷.

Аналогічно, Уряд стверджував, що за правління Януковича існувала схема прийняття на державну службу корумпованих осіб, яка ґрунтувалася лише на особистій приязні – у супереч демократичним процедурам та цінностям¹⁸⁸. Однак не було доведено, що призначення заявників на посади чи їх перебування на посадах відбувалися з порушеннями. Все вказує на те, що їхня кар'єра розвивалася звичайним чином як до вступу на посаду Януковича, так і під час його президентства. Немає вказівки на те, що вони були «поставлені» на державну службу і що їхня кар'єра розвивалася будь-яким незвично позитивним чином за його правління¹⁸⁹.

На аргумент Уряду, що заходи, передбачені Законом, не могли бути індивідуалізовані більшою мірою, враховуючи надзвичайний стан, спричинений бойовими діями в Донецькій та Луганській областях¹⁹⁰, Суд також відповів. ЄСПЛ, однак, із посиланням на §§ 22 і 25 рішення у справі «Хлебик проти України»¹⁹¹, зазначив, що декларація України відповідно до ст. 15 Конвенції, яку держава передала Генеральному секретарю Ради Європи 5 червня 2015 р., не зазначає Закон як один із заходів, охоплених дерогацією¹⁹². Суд підкреслив, що йому відомо про контекст подій, на які посилається Уряд і які залучає згадана декларація. Будучи готовим врахувати цей контекст, Суд звернув увагу на те, що невідкладний характер заходів, які застосовуються в рамках Закону, спростовує їхнє застосування до заявників як за відсутності нормативного закріплення, так і не на тимчасовій основі – а на 10 років. Навіть якщо припустити, що певні кадрові зміни були актуальними, немає жодних ознак того, що ситуація залишалася б такою нестабільною протягом усіх десяти років і перешкоджала б детальному перегляду ролі кожної посадової особи та, виходячи з такого перегляду – заміни первинних суворих невідкладних заходів м'якшими¹⁹³.

Нарешті, заявників було відсторонено від державної служби, і інформація про це була оприлюднена до того, як вони могли оскаржити такі заходи. Навіть доступний для заявників *ex post facto* засіб правового захисту діяв із надмірною затримкою і, як наслідок, провадження тривало майже половину загального десятирічного періоду їх відсторонення від державної служби та деяких інших служб у державному секторі¹⁹⁴.

Не зважаючи на догани, отримані у 2006 і 2008 рр., Суд констатував, що звільнення четвертого заявника і застосування до нього обмежувальних заходів на основі Закону відбулося через затримку подання ним люстраційної декларації¹⁹⁵. Аргументуючи свою позицію, ЄСПЛ вагався, чи був би підданий четвертий заявник обмежувальним заходам відповідно до Закону, подавши люстраційну декларацію вчасно. Зауваживши відсутність аргументів Уряду в цьому зв'язку, Суд визнав застосовані до заявника заходи відповідно до Закону непропорційними тривіальному характеру упущення заявника¹⁹⁶. Ситуація заявника була особливою тим, що він хворів, коли закінчився термін подачі декларації. ЄСПЛ наголосив, що саме виходячи зі змісту люстраційної декларації мало б бути прийнято рішення щодо застосування чи незастосування до заявника передбачених Законом обмежувальних заходів. Суд звернув увагу на свою попередню практику (а саме – справи «Матиск проти Польщі»¹⁹⁷, «Бобек проти Польщі»¹⁹⁸, «Лубох проти Польщі»¹⁹⁹), у рамках якої обов'язок особи подавати декларацію був спрямований на виявлення певних потенційно прихованих фактів, таких як таємна співпраця зі службами безпеки колишніх тоталітарних режимів²⁰⁰. Оскільки Уряд не представив жодного аргументу на користь виявлення ним у поданій заявником (хоч і з затримкою) декларації

невідомих до того фактів, які б могли стати підставою застосування заходів, Суд дійшов висновку, що накладення такого серйозного обмежувального заходу за незначну затримку подання технічної заяви не може розглядатися як «необхідне в демократичному суспільстві»²⁰¹.

Суд давно вважає, що терміни, на які приймаються та у які здійснюються посткомуністичні заходи люстрації, є ключовим фактором при оцінці їхньої пропорційності. Це завжди було позицією всіх установ Ради Європи, які висловлювали думку з цього приводу²⁰². У справі «Адамсонс проти Латвії» Суд підкреслив як один із ключових принципів своєї судової практики щодо люстрації, що заходи люстрації за своєю природою є тимчасовими, і що об'єктивна необхідність обмеження прав людини внаслідок цієї процедури зменшується з часом²⁰³. У цій справі Суд визнав порушення ст. 3 Протоколу № 1 до Конвенції через застосування законодавства про люстрацію до заявника після десятирічної кар'єри в незалежній Латвії²⁰⁴. У справі «Івановський проти колишньої Югославської Республіки Македонія» Суд вже встановлював, що факт прийняття законодавства про люстрацію через 16 років після переходу до демократії є важливим фактором у визначенні того, що заходи щодо люстрації, застосовані до заявника як співробітника колишньої таємної поліції, були непропорційними²⁰⁵. Так само у справі «Сідабрас та Джяутас проти Литви» факт, що люстраційні заходи були застосовані через дев'ять і 13 років відповідно після відходу заявників від КДБ, був підставою виявлення Судом порушення ст. 8 і ст. 14 Конвенції²⁰⁶. Навіть у справі «Жданока проти Латвії», де Суд не виявив порушення ст. 3 Протоколу № 1 до Конвенції, і яка була вирішена 13 років тому, Суд вже вважав, що латвійському парламенту слід було б постійно переглядати встановлене законодавством обмеження щодо допущення колишніх членів комуністичної партії до посад – «з метою доведення [його] до дострокового припинення»²⁰⁷.

У справі Поляха заходи щодо люстрації були прийняті та застосовані через понад 23 роки після переходу України від тоталітарного комуністичного правління до демократії. Впровадження обмежувальних заходів такої суворості щодо осіб, які обіймали посади в комуністичній партії колишнього СРСР та УРСР, за відсутності будь-яких пропозицій про конкретні правопорушення з їхнього боку, після такого тривалого проміжку часу вимагає дуже сильного виправдання²⁰⁸. Суд вважає, що українська влада не змогла навести поважних причин для такого виправдання (§ 69 Заключного висновку Венеціанської комісії)²⁰⁹. Спостереження Уряду та внутрішні судові рішення з цього приводу практично відсутні²¹⁰.

Суд вважає, що непропорційний характер люстраційного заходу особливо виражений у справі п'ятого заявника. Не було наведено жодних серйозних аргументів, що заявник, посадовець місцевого рівня, який працює у сільському господарстві, міг би являти собою загрозу новоствореному демократичному режиму. Внутрішня влада продемонструвала повну зневагу до його прав²¹¹.

Оскільки не було показано, що втручання у право на повагу до приватного життя заявників було необхідним у демократичному суспільстві²¹², ЄСПЛ констатував наявність порушення ст. 8 Конвенції стосовно всіх заявників²¹³ (§ 324 Рішення).

Висновки. Виходячи із попередньої практики ЄСПЛ і його рішення у справі Поляха, висновок щодо сумісності застосування заходів люстрації із правом на приватне життя, закріпленим ст. 8 Конвенції, у сучасний період можна зробити виходячи з того,

- чи застосовувалися заходи люстрації відповідно до закону;
- чи мало застосування заходів люстрації законну мету;
- чи необхідні застосовані заходи люстрації у демократичному суспільстві;
- чи застосований захід люстрації за «нагальної суспільної потреби»;
- чи пропорційні застосовані заходи люстрації законній меті.

Відтак, заходи люстрації вважатимуться такими, що були застосовані відповідно до закону, якщо такий закон був доступним (опублікованим) і сформульованим із достатньою точністю (тобто – містив перелік посад, які підпадали під застосування люстраційних заходів); особи, яких стосувався закон, могли передбачити міру несприятливих наслідків вчинених ними дій всупереч його положенням; закон містив засіб захисту проти свавілля з боку державних органів.

Заходи люстрації у бащенні Суду мають законну мету, якщо їх застосування є виправданим, у тому числі задля захисту суспільства від осіб, які через свою минулу поведінку могли б загрожувати новоствореному демократичному режиму або очищення державного управління від осіб, які вчинили масштабну корупцію. При цьому необхідною умовою оцінки сумісності цілей застосування люстраційних заходів із цілями, визнаними законними в попередній практиці ЄСПЛ, є врахування всіх обставин конкретних справ заявників, які мають відношення до встановлення наявності чи відсутності порушення конкретної статті Конвенції і їх «необхідність у демократичному суспільстві» у значенні п. 2 ст. 8 Конвенції.

Необхідність застосування заходів люстрації у демократичному суспільстві обумовлюється їхнім обсягом, характером і контекстом застосування. Якщо цілі застосування заходів могли бути досягнуті менш нав'язливими способами (як-от усунення заявників з посади та введення їх, де це можливо, на менш чутливі посади) ймовірність того, що вони могли бути мотивованими мстивістю щодо осіб, пов'язаних із попередніми урядами, підвищується і не відповідає критерію необхідності їх застосування у демократичному суспільстві. Як наслідок виникає сумнів щодо законності цілей застосування таких заходів.

Захід люстрації буде вважатися «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення законної мети, якщо він здійснений за «нагальної суспільної потреби» і є пропорційним законній меті. Якщо застосування до осіб заходів люстрації засновується виключно на факті зайняття ними певних відносно високих посад під час правління конкретного уряду, незалежно від виконуваних ними функцій, є ризик того, що держава, застосовуючи заходи, перевищить свої повноваження. За встановленим ЄСПЛ стандартом застосування заходів люстрації повинне бути індивідуалізованим – на рівні кожної конкретної справи особи. Індивідуалізація застосування заходів люстрації можлива і на законодавчому рівні, однак за наявності якісного парла-

ментського та судового переглядів такої законодавчої схеми. При цьому враховується міра суворості заходів, що застосовуються, та чи законодавча схема достатньо вузько розроблена для задоволення нагальної соціальної потреби, на вимогу якої вона і застосовується на основі принципу пропорційності.

Заходи люстрації можуть бути застосовані за чіткого пояснення часових рамок їх застосування. Встановлений законом період їх застосування повинен бути обґрунтованим – із посиланням на конкретні події чи негативні прецеденти періоду правління конкретного уряду. При цьому ключове значення має доведення виявленого зв'язку заявників із конкретними негативними подіями.

Оприлюднення інформації про осіб, до яких були застосовані люстраційні заходи, можливе лише після того, як вони вичерпають можливість оскарження таких заходів. При цьому доступні засоби правового захисту повинні діяти без затримки.

Пропорційність застосування заходів люстрації до особи, яка не подала люстраційну декларацію у строки, передбачені законом, законній меті буде збережено за наявності підтвердження виявлення у декларації певних потенційно прихованих фактів про неї, на що і спрямований обов'язок особи її подавати. У протилежному випадку – накладення такого серйозного обмежувального заходу за незначну затримку подання технічної заяви не може розглядатися як «необхідне в демократичному суспільстві».

Ключовим фактором при оцінці пропорційності заходів люстрації законній меті є терміни, на які вони приймаються. Заходи люстрації за своєю природою є тимчасовими, оскільки об'єктивна необхідність обмеження прав людини внаслідок цієї процедури зменшується з часом. Суворі заходи люстрації, прийняті та застосовані через понад 20 років після переходу від тоталітарного комуністичного режиму до демократії, вимагають дуже сильного виправдання. За його відсутності їх застосування не відповідає критерію необхідності у демократичному суспільстві і, відповідно, порушує право на повагу особи до приватного життя, закріплене ст. 8 Конвенції.

¹ Polyah and others v. Ukraine, nos. 58812/15 and 4 others, ECHR 17 October 2019 (далі – «Polyah and others v. Ukraine»).

² Про очищення влади. Закон України № 1682-VII від 16 вересня 2014 р. у редакції від 25.09.2019 р. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1682-18> (дата звернення: 22.11.2019) (далі – Закон України «Про очищення влади»).

³ Polyah and others v. Ukraine, § 3.

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_004 (дата звернення: 22.11.2019) (далі – ЄКПЛ).

⁵ ЄКПЛ, п. 1 ст. 8.

⁶ Там само.

⁷ Polyah and others v. Ukraine, § 3.

⁸ Там само.

⁹ Polyah and others v. Ukraine, § 328.

¹⁰ ЄКПЛ.

¹¹ Polyah and others v. Ukraine, §§ 335–338.

¹² ЄКПЛ, ст. 43.

¹³ Регламент суду (Страсбург, 01.11.2003). Законодавство України. Ст. 73. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/980_067 (дата звернення: 22.11.2019).

¹⁴ Adamsons v. Latvia, no. 3669/03, ECHR 24 June 2008; Bobek v. Poland, no. 68761/01, ECHR 17 July 2007; Ivanovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 29908/11, ECHR 21 January 2016; Karajanov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 2229/15, ECHR 6 April 2017; Luboch v. Poland, no. 37469/05, ECHR 15 January 2008; Naidin v. Romania, no. 38162/07, ECHR 21 October 2014; Sidabras and Džiautas v. Lithuania, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII; Sõro v. Estonia, no. 22588/08, ECHR 3 September 2015; Turek v. Slovakia, no. 57986/00, ECHR 2006-II (extracts); Ždanoka v. Latvia [GC], no. 58278/00, ECHR 2006-IV (далі – Ždanoka v. Latvia).

¹⁵ Polyah and others v. Ukraine, § 262.

¹⁶ Final Opinion on the law on government cleansing (lustration law) of Ukraine (as would result from the amendments submitted to the Verkhovna Rada on 21 April 2015 adopted by the Venice Commission at its 103rd Plenary Session (Venice, 19–20 June 2015), § 27, available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)012-e) (дата звернення: 22.11.2019) (далі – Final Opinion).

¹⁷ Polyah and others v. Ukraine, §§ 243, 275.

¹⁸ Дем'яненко Ю. Окремі аспекти значення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини для розуміння приватного життя як об'єкта кримінально-правової охорони. *Юридичний вісник*. 2013. № 4. С. 131–135.

¹⁹ Дудаш Т.І. Практика Європейського суду з прав людини: навч.-практ. посіб. 3-є вид. Київ, 2016. 488 с.

²⁰ Копельців-Левицька С.Д. Право на повагу до приватного та сімейного життя ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2018. Вип. 49. Т. 2. С. 197–201.

²¹ Мармазов В.Є. Методи динамічного тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод в юрисдикції Європейського суду з прав людини: монографія. Київ, 2002. 400 с.

²² Паліюк В.П. Загальні питання застосування судами загальної юрисдикції України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. № 4(13). С. 129–142.

²³ Сьрьогін В. Зміст і обсяг права на недоторканність приватного життя (прайвесі). *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 4. С. 88–97; Сьрьогін В. Приватне життя як об'єкт конституційного права на недоторканність приватного життя. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 1(64). С. 51–62.

²⁴ Стефанів Н. Дотримання прав особи при наданні дозволу на втручання в приватне спілкування: практика Європейського суду з прав людини. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 1. С. 32–38.

²⁵ Arai-Takahashi Y. (2002) The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR. *Intersentia*. Antwerp. 320 pp.

- ²⁶ Gomez-Arostegui H.T. (2005) Defining private life under the European Convention on human rights by referring to reasonable expectations. *California Western International Journal*. Vol. 35. 2. P. 153–202.
- ²⁷ Van Duk P. & van Hoof G.J.H. Theory and practice of the European convention on human rights (3d ed. 1998).
- ²⁸ Van Duk P. & van Hoof G.J.H. Theory and practice of the European convention on human rights (3d ed. 1998).
- ²⁹ Kilkelly U. (2001) The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. *Human rights handbooks*, No. 1. Council of Europe.
- ³⁰ Cameron I. (2002) An introduction to the European convention on human rights (4th ed.). Lutu Forlag. 200 pp.
- ³¹ Loucaides L.G. (1995) Personality and Privacy Under the European Convention on Human Rights, in *Essays on the developing law of human rights*. 40 pp.
- ³² Merrills J.G. (1993) The development of international law by the European Court of Human Rights. Manchester University Press, 1988.
- ³³ Ost F. (1992) The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights, in *The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictions* (Christine Chodkiewicz trans., Mireille Delmas-Marty ed., 1992).
- ³⁴ Roagna I. (2012) Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights: Council of Europe human rights handbooks. Council of Europe, Strasbourg. Available at: https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Roagna2012_EN.pdf (дата звернення: 22.11.2019).
- ³⁵ Feldman D. (1997) The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights, 1997 EuR. HUM. RTS. L. REV.
- ³⁶ Бондаренко С.В. Люстрація в Україні як засіб легітимзації нового політичного режиму. *Політичне життя*. 2018. № 2. С. 14–18.
- ³⁷ Williams K. (2007) Explaining lustration in Central Europe: a ‘post-communist politics’ approach. *Democratization*. Vol. 12. 2005. P. 22–43.
- ³⁸ Vuks, Y.V. Lustration Legislation In Eastern Europe And Its Meaning For The Western World. UTA LIBRARIES. Available at: <https://rc.library.uta.edu/uta-ir/handle/10106/24931> (дата звернення: 22.11.2019).
- ³⁹ David R. (2011) Lustration and Transitional Justice: Personnel Systems in the Czech Republic, Hungary, and Poland. *Pennsylvania Studies in Human Rights*. 328 p.
- ⁴⁰ Killingsworth M. (2010) Lustration after totalitarianism: Poland’s attempt to reconcile with its Communist past. *Communist and Post-Communist Studies*. Vol. 43. Is. 3. P. 275–284.
- ⁴¹ Letki N. (2002) Lustration and Democratisation in East-Central Europe. *Europe-Asia Studies*. Vol. 54, No. 4 (Jun., 2002). P. 529–552.
- ⁴² Matanović E., Milardović A., Pauković D., Vidović D. (2007) Lustration and Consolidation of Democracy and the Rule of Law in Central and Eastern Europe. *Series of Political Science Research Centre Forum*. B. 5. Zagreb.
- ⁴³ Misztal B.A. (1999) How not to deal with the past: lustration in Poland. *European Journal of Sociology/Archives Européennes de Sociologie*. Vol. 40. Is. 1. P. 31–55.
- ⁴⁴ Ravaitytė J. (2015). Evaluation of the lustration policy in Lithuania. *Politologija*, 77(1), P. 49–100.
- ⁴⁵ Cynthia M. International Legal Rulings on Lustration Policies in Central and Eastern Europe: Rule of Law in Historical Context. *Law & Social Inquiry*. Vol. 34. No. 3 (2009). P. 713–7440.
- ⁴⁶ Конституційний Суд України вчергове розгляне справу за поданням 47 народних депутатів України щодо люстрації. *Очищення влади в Україні*. Міністерство юстиції України (оф. веб-сайт). URL : <https://lustration.minjust.gov.ua/article/read/266> (дата звернення: 30.11.2019).
- ⁴⁷ Turek v. Slovakia, no. 57986/00, §110, ECHR 2006-II (extracts).
- ⁴⁸ Sõro v. Estonia, no. 22588/08, § 56, ECHR 3 September 2015.
- ⁴⁹ Karajanov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 2229/15, §§ 70–71, ECHR 6 April 2017.
- ⁵⁰ Ivanovski and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 34188/03, §§ 176–177, ECHR 26 November 2009.
- ⁵¹ Naidin v. Romania, no. 38162/07, §§ 29–36, ECHR 21 October 2014.
- ⁵² Sidabras and Džiautas v. Lithuania, nos. 55480/00 and 59330/00, § 55, ECHR 2004-VIII.
- ⁵³ Ždanoka v. Latvia [GC], § 121.
- ⁵⁴ Ādamsons v. Latvia, no. 3669/03, § 116, ECHR 24 June 2008.
- ⁵⁵ Matyjek v. Poland, no. 38184/03, § 53, ECHR 24 April 2007.
- ⁵⁶ Luboch v. Poland, no. 37469/05, § 45, ECHR 15 January 2008.
- ⁵⁷ Bobek v. Poland, no. 68761/01, §§ 54–55, ECHR 17 July 2007.
- ⁵⁸ Turek v. Slovakia, no. 57986/00, §110, ECHR 2006-II (extracts).
- ⁵⁹ Sõro v. Estonia, no. 22588/08, § 56, ECHR 3 September 2015, available at: (date of appeal: 25.11.2019).
- ⁶⁰ Karajanov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 2229/15, §§ 70–71, ECHR 6 April 2017.
- ⁶¹ Ivanovski and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 34188/03, §§ 176–177, ECHR 26 November 2009.
- ⁶² Naidin v. Romania, no. 38162/07, §§ 29–36, ECHR 21 October 2014.
- ⁶³ Sidabras and Džiautas v. Lithuania, nos. 55480/00 and 59330/00, § 49–50, ECHR 2004-VIII.
- ⁶⁴ Ždanoka v. Latvia [GC], § 121.
- ⁶⁵ Borisov Anchev v. Bulgaria, nos. 38334/08 and 68242/16, ECHR 5 December 2017, § 92, available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-180084%22%7D> (дата звернення: 22.11.2019) (далі – Borisov Anchev v. Bulgaria).
- ⁶⁶ Polyah and others v. Ukraine, § 205.
- ⁶⁷ Denisov v. Ukraine ([GC], no. 76639/11, ECHR 25 September 2018.
- ⁶⁸ Polyah and others v. Ukraine, § 206.
- ⁶⁹ Denisov v. Ukraine ([GC], no. 76639/11, §116, ECHR 25 September 2018.
- ⁷⁰ Polyah and others v. Ukraine, § 207–208.
- ⁷¹ Polyah and others v. Ukraine, § 208.
- ⁷² Polyah and others v. Ukraine, § 209.
- ⁷³ Там само.
- ⁷⁴ Interim opinion on the law on government cleansing (lustration law) of Ukraine adopted by the Venice Commission at its 101st Plenary Session (Venice, 12–13 December 2014), §§ 98–100, available at [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)044-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)044-e) (дата звернення: 22.11.2019) (далі – Interim opinion); Polyah and others v. Ukraine, § 210.
- ⁷⁵ Закон України «Про очищення влади».

- ⁷⁶ Polyah and others v. Ukraine, § 200.
⁷⁷ Borisov Anchev v. Bulgaria, § 106.
⁷⁸ Polyah and others v. Ukraine, § 210.
⁷⁹ ECHR declares inadmissible case concerning legislation in Bulgaria exposing those affiliated with the communist-era security services.
⁸⁰ Borisov Anchev v. Bulgaria, § 12.
⁸¹ ECHR declares inadmissible case concerning legislation in Bulgaria exposing those affiliated with the communist-era security services.
⁸² Borisov Anchev v. Bulgaria, § 12, §§ 79–81.
⁸³ Leander v. Sweden, 26 March 1987, ECHR Series A no. 116.
⁸⁴ Cemalettin Canlı v. Turkey, no. 22427/04, ECHR 18 November 2008.
⁸⁵ M.M. v. the United Kingdom, no. 24029/07, ECHR 13 November 2012.
⁸⁶ Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V.
⁸⁷ Turek v. Slovakia, no. 57986/00, ECHR 2006 II (extracts).
⁸⁸ Borisov Anchev v. Bulgaria, § 96.
⁸⁹ Borisov Anchev v. Bulgaria, §§ 97–98.
⁹⁰ Polyah and others v. Ukraine, § 266.
⁹¹ Malone v. the United Kingdom, no. 8691/79, ECHR 2 August 1984.
⁹² Khan v. the United Kingdom, no. 35394/97, ECHR 12 May 2000.
⁹³ Andersson v. Sweden, no. 17202/04, ECHR 25 February 1992.
⁹⁴ Borisov Anchev v. Bulgaria.
⁹⁵ Polyah and others v. Ukraine.
⁹⁶ Kilkelly U. (2001) The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. *Human rights handbooks*, No. 1. Council of Europe. P. 25.
⁹⁷ Polyah and others v. Ukraine, § 267.
⁹⁸ ЄКПЛ.
⁹⁹ ЄКПЛ.
¹⁰⁰ Polyah and others v. Ukraine, § 267.
¹⁰¹ Закон України «Про очищення влади».
¹⁰² Там само.
¹⁰³ Там само.
¹⁰⁴ Там само.
¹⁰⁵ Polyah and others v. Ukraine, § 268.
¹⁰⁶ Там само.
¹⁰⁷ ЄКПЛ.
¹⁰⁸ Polyah and others v. Ukraine, §§ 270–282.
¹⁰⁹ Sidabras and Džiautas v. Lithuania, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII.
¹¹⁰ Naidin v. Romania, no. 38162/07, ECHR 21 October 2014.
¹¹¹ Borisov Anchev v. Bulgaria.
¹¹² Interim opinion.
¹¹³ Polyah and others v. Ukraine, § 271.
¹¹⁴ Polyah and others v. Ukraine, § 272.
¹¹⁵ Muršić v. Croatia [GC], no. 7334/13, §109, ECHR 20 October 2016.
¹¹⁶ Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI.
¹¹⁷ Scoppola v. Italy (no. 2) [GC], no. 10249/03, ECHR 17 September 2009.
¹¹⁸ Sabri Güneş v. Turkey [GC], no. 27396/06, ECHR 29 June 2012.
¹¹⁹ Muršić v. Croatia [GC], no. 7334/13, ECHR 20 October 2016.
¹²⁰ Ananyev and Others v. Russia, nos. 42525/07 and 60800/08, ECHR 10 January 2012.
¹²¹ Torreggiani and Others v. Italy, nos. 43517/09 and 6 others, ECHR January 2013.
¹²² Sulejmanovic v. Italy, no. 22635/03, ECHR 16 July 2009.
¹²³ Tellissi v. Italy (dec.), no. 15434/11, ECHR 5 March 2013.
¹²⁴ G.C. v. Italy, no. 73869/10, ECHR 22 April 2014.
¹²⁵ Muršić v. Croatia [GC], no. 7334/13, §112, ECHR 20 October 2016.
¹²⁶ Muršić v. Croatia [GC], no. 7334/13, §113, ECHR 20 October 2016.
¹²⁷ Polyah and others v. Ukraine, § 273.
¹²⁸ Borisov Anchev v. Bulgaria; Naidin v. Romania, no. 38162/07, ECHR 21 October 2014; Sidabras and Džiautas v. Lithuania, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII.
¹²⁹ Polyah and others v. Ukraine, § 274.
¹³⁰ Polyah and others v. Ukraine, § 275.
¹³¹ Adamsons v. Latvia, no. 3669/03, ECHR 24 June 2008.
¹³² Final Opinion; Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a state based on the rule of law. Available at: <http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/x2h-xref-viewhtml.asp?fileid=7506&lang=en> (дата звернення: 22.11.2019); Interim opinion; Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems. Available at: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML.en.asp?fileid=16507&lang=en> (дата звернення: 22.11.2019).
¹³³ Polyah and others v. Ukraine, §§ 92, 245, 246, 252.
¹³⁴ Polyah and others v. Ukraine, § 277.
¹³⁵ Polyah and others v. Ukraine, § 278.
¹³⁶ Karajanov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 2229/15, ECHR 6 April 2017.
¹³⁷ Interim opinion, §§ 98–100.
¹³⁸ Final Opinion, § 33.
¹³⁹ Polyah and others v. Ukraine, § 282.
¹⁴⁰ Polyah and others v. Ukraine, § 284.

- ¹⁴¹ Chapman v. the United Kingdom [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I.
- ¹⁴² Polyah and others v. Ukraine, § 284.
- ¹⁴³ Report by the International Advisory Panel on its review of the investigations into the tragic events in Odesa of May 2014, available at: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048851b> (дата звернення: 22.11.2019); Opinion on the constitutional situation in Ukraine, adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (17–18 December 2010), available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)044-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)044-e) (дата звернення: 22.11.2019); Statement of the International Advisory Panel on the occasion of the first anniversary of the events at Maidan of 30 November 2013, available at: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c97cd> (дата звернення: 22.11.2019).
- ¹⁴⁴ Polyah and others v. Ukraine, § 286.
- ¹⁴⁵ Polyah and others v. Ukraine, § 287.
- ¹⁴⁶ Borisov Anchev v. Bulgaria.
- ¹⁴⁷ Jahn and Others v. Germany [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, ECHR 2005-VI.
- ¹⁴⁸ Hutten-Czapska v. Poland [GC], no. 35014/97, ECHR 2006-VIII.
- ¹⁴⁹ Velikovi and Others v. Bulgaria, nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01 and 194/02, ECHR 15 March 2007.
- ¹⁵⁰ Kamburov v. Bulgaria (dec.), no. 14336/05, ECHR 6 November 2011.
- ¹⁵¹ Polyah and others v. Ukraine, § 289.
- ¹⁵² Polyah and others v. Ukraine, § 290.
- ¹⁵³ Adamsons v. Latvia, no. 3669/03, ECHR 24 June 2008.
- ¹⁵⁴ Sõro v. Estonia, no. 22588/08, ECHR 3 September 2015.
- ¹⁵⁵ Zickus v. Lithuania, no. 26652/02, ECHR 7 April 2009.
- ¹⁵⁶ Adamsons v. Latvia, no. 3669/03, ECHR 24 June 2008.
- ¹⁵⁷ Sõro v. Estonia, no. 22588/08, ECHR 3 September 2015.
- ¹⁵⁸ Turek v. Slovakia, no. 57986/00, ECHR 2006 II (extracts).
- ¹⁵⁹ Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems. Available at: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTMLen.asp?fileid=16507&lang=en> (дата звернення: 22.11.2019).
- ¹⁶⁰ Interim opinion.
- ¹⁶¹ Borisov Anchev v. Bulgaria.
- ¹⁶² Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], no. 48876/08, ECHR 2013 (extracts).
- ¹⁶³ Borisov Anchev v. Bulgaria, § 111.
- ¹⁶⁴ Ždanoka v. Latvia [GC], §§ 22–28, 116–136.
- ¹⁶⁵ Ždanoka v. Latvia [GC], § 116.
- ¹⁶⁶ Ždanoka v. Latvia [GC], § 117.
- ¹⁶⁷ Ždanoka v. Latvia [GC], § 121.
- ¹⁶⁸ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, nos. 41340/98 and 3 others, §§ 114–115, ECHR 31 July 2001.
- ¹⁶⁹ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, nos. 41340/98 and 3 others, § 123, ECHR 31 July 2001.
- ¹⁷⁰ Ždanoka v. Latvia [GC].
- ¹⁷¹ Polyah and others v. Ukraine, § 294.
- ¹⁷² Polyah and others v. Ukraine, § 295.
- ¹⁷³ Polyah and others v. Ukraine, § 296.
- ¹⁷⁴ Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], no. 48876/08, §§ 13–33 та 113–116, ECHR 2013 (extracts); Borisov Anchev v. Bulgaria, § 110.
- ¹⁷⁵ Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], no. 48876/08, § 113, ECHR 2013 (extracts).
- ¹⁷⁶ Borisov Anchev v. Bulgaria, § 98.
- ¹⁷⁷ Polyah and others v. Ukraine, § 298.
- ¹⁷⁸ Matyjek v. Poland, no. 38184/03, ECHR 24 April 2007.
- ¹⁷⁹ Ždanoka v. Latvia [GC], no. 58278/00, ECHR 2006-IV.
- ¹⁸⁰ Polyah and others v. Ukraine, § 298.
- ¹⁸¹ Polyah and others v. Ukraine, § 299.
- ¹⁸² Polyah and others v. Ukraine, § 300.
- ¹⁸³ Polyah and others v. Ukraine, § 301.
- ¹⁸⁴ Final Opinion.
- ¹⁸⁵ Final Opinion, § 51.
- ¹⁸⁶ Opinion on the constitutional situation in Ukraine, adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (17–18 December 2010), available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)044-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)044-e) (дата звернення: 22.11.2019).
- ¹⁸⁷ Polyah and others v. Ukraine, § 303.
- ¹⁸⁸ Polyah and others v. Ukraine, §§ 235, 304.
- ¹⁸⁹ Polyah and others v. Ukraine, § 304.
- ¹⁹⁰ Polyah and others v. Ukraine, § 251.
- ¹⁹¹ Khlebig v. Ukraine, no. 2945/16, ECHR 25 July 2017.
- ¹⁹² Polyah and others v. Ukraine, § 306.
- ¹⁹³ Polyah and others v. Ukraine, § 307.
- ¹⁹⁴ Polyah and others v. Ukraine, § 308.
- ¹⁹⁵ Polyah and others v. Ukraine, §§ 30, 34, 310.
- ¹⁹⁶ Polyah and others v. Ukraine, § 313.
- ¹⁹⁷ Matyjek v. Poland, no. 38184/03, ECHR 24 April 2007.
- ¹⁹⁸ Bobek v. Poland, no. 68761/01, ECHR 17 July 2007.
- ¹⁹⁹ Luboch v. Poland, no. 37469/05, ECHR 15 January 2008.
- ²⁰⁰ Polyah and others v. Ukraine, § 314.
- ²⁰¹ Polyah and others v. Ukraine, § 315.
- ²⁰² Polyah and others v. Ukraine, § 316.

²⁰³ *Adamsons v. Latvia*, no. 3669/03, §§ 116, 129, ECHR 24 June 2008.

²⁰⁴ *Polyah and others v. Ukraine*, § 317.

²⁰⁵ *Ivanovski and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 34188/03, § 185, ECHR 26 November 2009; *Ivanovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 29908/11, ECHR 21 January 2016.

²⁰⁶ *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, § 60, ECHR 2004-VIII

²⁰⁷ *Ždanoka v. Latvia* [GC], § 135.

²⁰⁸ *Polyah and others v. Ukraine*, § 320.

²⁰⁹ Final Opinion.

²¹⁰ *Polyah and others v. Ukraine*, § 321.

²¹¹ *Polyah and others v. Ukraine*, § 322.

²¹² *Polyah and others v. Ukraine*, § 323.

²¹³ *Polyah and others v. Ukraine*, § 324.

Резюме

Поліванова О.М. Сумісність застосування заходів люстрації із правом на повагу до приватного життя відповідно до ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

У статті досліджується сумісність застосування заходів люстрації відповідно до Закону України «Про очищення влади (люстрацію)» 2014 р. із положеннями ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. щодо права на повагу до приватного життя. Виходячи із рішення Європейського суду з прав людини у справі «Полях та інші проти України» і попередньої практики Суду щодо встановлення сумісності заходів, застосованих до заявників органами державної влади держав-сторін Конвенції відповідно до прийнятих ними нормативно-правових актів щодо люстрації переважно у період переходу від тоталітарного комуністичного режиму до демократії, із ст. 8 Конвенції, визначено і проаналізовано критерії сумісності застосування заходів люстрації зі ст. 8 Конвенції у сучасний період.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, «Полях та інші проти України», Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 8, право на повагу до приватного життя, застосування заходів люстрації, критерії сумісності.

Резюме

Поліванова Е.Н. Совместимость применения мер люстрации с правом на уважение частной жизни в соответствии со ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В статье исследуется совместимость применения мер люстрации в соответствии с Законом Украины «Об очистке власти (люстрации)» 2014 г. с положениями ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. о праве на уважение частной жизни. Исходя из решения Европейского суда по правам человека по делу «Полях и другие против Украины» и его предыдущей практики по установлению совместимости мер, примененных к заявителям органами государственной власти государств-сторон Конвенции в соответствии с принятыми ими нормативно-правовыми актами по люстрации преимущественно в период перехода от тоталитарного коммунистического режима к демократии, ст. 8 Конвенции, определены и проанализированы критерии совместимости применения мер люстрации и ст. 8 Конвенции в современный период.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, «Полях и другие против Украины», Конвенция о защите прав человека и основных свобод, ст. 8, право на уважение к личной жизни, применение мер люстрации, критерии совместимости.

Summary

Olena Polivanova. Compatibility of lustration measures application with the right to respect for private life according to art. 8 of the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms.

The article examines the compatibility of the application of lustration measures in accordance with the Law of Ukraine “On Government Cleansing (Lustration)” of 2014 with the provisions of Article 8 of the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms regarding the right to respect for privacy. Based on the judgment of the European Court of Human Rights in “Polyah and Others v. Ukraine” and its previous case-law on the compatibility of the measures applied to the applicants by the authorities of the States Parties to the Convention in accordance with the legal acts on lustration adopted mainly during the transition period from the totalitarian communist regime to democracy, with art. 8 of the Convention, the criteria for compatibility of the application of lustration measures with Article 8 of the Convention in the modern period are defined and analyzed. Among those are: whether lustration measures were applied in accordance with the law, whether their application had a legitimate aim answering a “pressing social need” proportionate to the legitimate aim pursued and whether lustration measures were necessary in a democratic society.

Lustration measures will be considered as having been applied in accordance with the law, if such law was accessible (published) and formulated with sufficient accuracy; the persons concerned could have foreseen the extent of the adverse effects of their actions contrary to its provisions; the law contained a remedy against arbitrariness of public authorities.

The lustration measures may be considered pursuing a legitimate aim if their use is justified by the need to protect the public from persons who, through their past behavior, could threaten the newly formed democratic regime or to purify public administration from those who have committed widespread corruption. In doing so, a prerequisite for assessing the compatibility of the purposes of the lustration measures application with the objectives recognized as legitimate is taking into account all the circumstances of the applicants’ particular cases relating to the determination of the existence or absence of a violation of a specific article of the Convention and their “need in a democratic society” in meaning of art. 8.2 of the Convention.

The necessity of lustration measures application in a democratic society is determined by their scope, nature and context. If the objectives of the application could be achieved in less intrusive ways, their likelihood to be motivated by vindictiveness against the persons involved in previous governments is rising and does not meet the criterion of “necessity in a democratic society”. If the application of lustration measures to persons is based solely on the fact that they occupy certain relatively high positions during the rule of a particular government, irrespective of their functions, there is a risk that the state will exceed its powers by taking such measures. According to the ECtHR standard, the application of lustration measures must be individualized – at the level of each individual case. Individualization of lustration measures use is also possible at the legislative level, however – in the presence of qualitative parliamentary and judicial reviews of such a legislative scheme. This takes into account the severity of the measures applied and whether the legislative scheme is sufficiently narrowly designed to meet the pressing social need, at the request of which it is applied on the basis of the principle of proportionality.

Lustration measures can be applied if there is a clear explanation for their temporal frame – with reference to specific events or negative precedents of a particular government period of rule, where the key is to prove the applicants' identified relationship to specific negative events.

Publication of information about persons to whom lustration measures have been applied is possible only after they have exhausted the possibility of challenging such measures. At the same time, the remedies available must act without delay.

Lustration measures application to the person who did not file the lustration declaration within the terms stipulated by the law are proportional to the legitimate aim if the declaration disclosed certain potentially hidden facts about the person, obliged to submit it. Otherwise, imposition of such a severe restrictive measure for a minor delay in submitting a technical application cannot be considered as “necessary in a democratic society”.

The timing of adoption and implementation of lustration measures is a key consideration in assessing their proportionality. Such measures are, by their nature, temporary, and the objective necessity for the restriction of individual rights resulting from this procedure decreases over time. Severe lustration measures adopted and implemented in twenty years after the transition from a totalitarian communist regime to democracy require very strong justification. In its absence, their application does not meet the criterion of necessity in a democratic society.

Key words: European Court of Human Rights, Polyah and Others v. Ukraine, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 8, right to respect for private life, application of lustration measures, compatibility criteria.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.91

УДК 341

С. АБДУЛЛАЕВА

*Севиндж Абдуллаева, докторант Бакинского государственного университета**

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА СОЦИАЛЬНЫХ ПРАВ ДЕТЕЙ С ОГРАНИЧЕННЫМИ ВОЗМОЖНОСТЯМИ

Постановка проблемы и ее актуальность. Был принят ряд международно-правовых документов о правах детей с ограниченными возможностями. Обратим внимание на уровень защиты прав детей с ограниченными возможностями в социальной сфере в этих международно-правовых актах. Начнем с Всеобщей декларации прав человека. Согласно ст. 26 этого документа, каждый человек имеет право на образование, которое должно дать ему возможность достичь целей полного развития человека, а также развития его прав и основных свобод¹⁰. В соответствии со ст. 1 Конвенции 1960 г. о ликвидации всех форм дискриминации в образовании, дискриминация определяется как равенство прав в области образования с учетом определенных различий (расовых, национальных, религиозных, политических или иных)⁹.

Среди наиболее распространенных форм дискриминации в этом документе такие: доступ к образованию для любой группы людей или отдельных лиц; ограничение образования; создание разных механизмов образования и других ситуаций, несовместимых с правами человека и достоинством. Статья 3 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в образовании определяет обязательство государств-участников отменить законодательство, так или иначе дискриминирующее права инвалидов на образование, и обеспечить равный доступ к образованию⁷.

Целью статьи является обоснование необходимости расширения процесса нормативно-правового закрепления и защиты социальных прав детей с ограниченными возможностями.

Анализ исследований и публикаций. В доктрине международного права обоснование необходимости нормативно-правового закрепления коллективных прав человека рассматривается в работах Б. Зелиа¹⁰, Ф. Буртон³, П. Колин⁴, Ф.Д. Валентина⁸, Ф.Ц. Дебблер⁶ и др.

Изложение основного материала. Мы считаем, что суть дискриминации в международном праве заключается в том, что люди имеют разный правовой статус и разные права и свободы. Такие различия законны в некоторых случаях, например, предоставление определенных льгот женщинам, пожилым людям, инвалидам и так далее. Тем не менее, другой подход к людям с юридической точки зрения также может быть незаконным. Например, нарушая равенство прав или лишаясь возможности пользоваться одинаковым количеством прав и свобод в равной степени. В соответствии со ст. 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г. государства-участники соглашаются, что образование должно содействовать развитию человека, поощрять его достоинство и укреплять уважение к правам человека и основным свободам⁵. Демонстрируя всеобщее значение права на образование, этим нормативным актом установлены основные направления развития сферы образования, которые должны найти отражение в деятельности государств.

Таким образом, ст. 13.3 Международного пакта определяет обязанность государств обеспечивать свободу выбора родителей или других учреждений в сфере образования своих детей. В соответствии со Стандартными правилами ООН об обеспечении равных возможностей для инвалидов от 20 декабря 1993 г. государства должны признать и применять принцип равных возможностей на всех уровнях образования (началь-

© С. Абдуллаева, 2020

* *Sevinj Abdullayeva, Ph.D. Candidate of Baku State University*

ное, среднее и высшее) для детей, молодежи и взрослых, признанных инвалидами². Это правило предусматривает, что лица, признанные инвалидами и обучающиеся в обычных средних школах, также должны быть обеспечены необходимым перечнем дополнительных услуг. Ответственность за обучение лиц, признанных инвалидами, лежит на органах образования.

Конвенция ООН о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. является одним из важнейших международных документов о защите социальных прав детей с ограниченными возможностями. В Конвенции говорится, что государства-участники признают, что ребенок с психическими или физическими недостатками должен жить полноценной и достойной жизнью в среде, которая обеспечивает его или ее достоинство, повышает уверенность в себе и способствует активному участию в жизни общества³. Образовательные права детей с ограниченными возможностями определяются в рамках и на основе равных возможностей. Статьи 28–29 Конвенции направлены на урегулирование соответствующих вопросов. С этой целью стороны этой международной конвенции обязуются обеспечить доступ к образованию для всех детей, а также активно помогать таким детям в регулярных посещениях учебных заведений и принимать меры для предотвращения их ухода из школы.

Среди специальных международных соглашений, направленных на защиту прав определенных групп детей с социальным статусом, можно выделить Декларацию о правах умственно отсталых от 20 декабря 1971 г. Согласно ч. 2 Декларации, умственно отсталые лица имеют право пользоваться минимальными социальными услугами (лечение, обслуживание). Эта категория лиц также имеет право на образование, реализация которого позволяет им полностью развивать свои способности¹².

Всемирная программа действий в отношении инвалидов, принятая в 1982 г., является одним из важнейших документов, определяющих современное состояние международно-правовой системы в области регулирования права на образование детей с особым социальным статусом. Основная цель этого документа – поддержать эффективные механизмы предотвращения инвалидности, обеспечить способность людей с ограниченными возможностями работать и обеспечить их «равенство» и полное участие в социальной среде и развитии. После принятия программы ООН период до 1991 г. был назван ООН «Десятилетием инвалидов». В 1990 г. была принята Всеобщая декларация образования для всех. В соответствии со ст. 1 Декларации каждый (дети, молодежь и взрослые) должен иметь равные образовательные возможности, соответствующие конкретным образовательным возможностям личности⁴. Декларация сфокусирована на доступе к образованию для детей с ограниченными возможностями. Государства-участники принимают меры для обеспечения равного доступа к образованию для всех категорий лиц с особым социальным статусом в силу их физиологических особенностей.

Саламанкскую декларацию и План действий от 10 июня 1994 г. о практической деятельности, политике и принципах в области образования для лиц с особыми потребностями нельзя игнорировать при характеристике основных международно-правовых гарантий защиты социальных прав детей с ограниченными возможностями. Около 300 представителей различных правительств и международных организаций приняли участие в подготовке этого документа. Основным преимуществом Декларации было то, что впервые в практике международного права был определен термин «лица с особыми образовательными потребностями».

В отличие от международных актов, Декларация предусматривает более широкий спектр индивидуальных подходов к защите прав детей с ограниченными возможностями.

В отдельных положениях Декларации подчеркивается необходимость уделять внимание потребностям детей и молодежи с психическими и физическими недостатками, детей этой категории следует обучать в соответствии с их конкретным индивидуальным потенциалом¹¹. В декларации указывается, что такие дети должны обучаться в ближайших к ним школах, но образование в специальных медицинских учреждениях является исключением.

Кроме того, понятие «инклюзивное образование» было включено в этот международно-правовой акт. Согласно этой концепции дети должны обучаться в школах без каких-либо ограничений их физиологических характеристик. Все дети должны обучаться вместе, когда это возможно, несмотря на трудности и различия между ними.

Одним из важных документов по защите социальных прав детей с ограниченными возможностями является Дакарский план действий, принятый в 2000 г. в Дакаре, Сенегал. Признавая плачевное состояние доступа детей к образованию во всем мире, стороны соглашения поставили перед собой ряд целей, в том числе «расширение и разработка мер по уходу и воспитанию детей младшего возраста». Международно-правовые документы, в том числе рекомендации Конвенции ООН о правах ребенка, регулируют круг вопросов, связанных с предоставлением инклюзивного образования в той или иной степени, по-прежнему носят рекомендательный характер и называются «мягким правом». В целом, согласно конституциям большинства государств, международные правовые акты имеют силу закона над внутренним законодательством и являются неотъемлемой частью национальной правовой системы. Конвенция ООН «О правах инвалидов» направлена на создание условий для всестороннего участия инвалидов во всех сферах жизни (гражданской, политической, социальной, экономической, культурной), ликвидации дискриминации в отношении этой социальной группы, защите инвалидов и возможность создания эффективной правовой базы для осуществления этих прав.

Право на образование закреплено в ст. 24 Конвенции о правах инвалидов, в которой говорится, что стороны этой Конвенции обязаны обеспечивать инклюзивное образование на всех уровнях. Государства-участники обеспечивают полную реализацию человеческого потенциала при обеспечении механизмов инклюзивного образования; развитие личности, творчество людей с особым социальным статусом; они должны стремиться к тому, чтобы лица, признанные инвалидами, могли участвовать в жизни общества⁸.

Европейскую конвенцию о правах человека следует упомянуть как один из основных международно-правовых механизмов обеспечения защиты прав инвалидов и детей с особым социальным статусом в целом. Статья 14 Европейской конвенции запрещает дискриминацию на основе различных характеристик (пол, раса, цвет кожи, язык, религия, политические или иные убеждения, национальное или социальное происхождение, статус национального меньшинства, имущественный статус, рождение или любые другие характеристики)⁶. Потому что права, изложенные в Конвенции, распространяются на всех. Слова «другие симптомы», упомянутые в этой статье, можно использовать в качестве основы для недискриминации детей с ограниченными возможностями.

Однако до недавнего времени рассмотрение дел людей с особым социальным статусом (Дженалова и Дженал против Чешской Республики, 2002; Ботта против Италии, 1998 и т.д.) было ограниченным. В своем решении 2009 г. Глор против Швейцарии Европейский суд по правам человека прямо заявляет, что инвалидность относится к термину «другие характеристики», как он определен в ст. 14 Европейской конвенции. Таким образом, дискриминация по признаку этой особенности, то есть инвалидности, является неприемлемой и является нарушением ст. 14 Европейской конвенции. Европейский суд по правам человека основал свое решение на международных документах, принятых в соответствующей области – Конвенции ООН «О правах инвалидов», а также на рекомендациях Парламентской Ассамблеи Совета Европы № 1592 от 2003 г. о всеобъемлющей социальной интеграции людей с ограниченными возможностями.

Помимо ст. 14 Европейской конвенции о правах человека, одним из наиболее важных правовых механизмов реализации прав детей с особым социальным статусом является Протокол № 12 к Европейской конвенции о правах человека от 4 ноября 2000 г. В ст. 1 Протокола № 12, который содержит общий запрет на дискриминацию по основаниям, изложенным в ст. 14 Конвенции, говорится, что осуществление любого права, предусмотренного законом, должно обеспечиваться без дискриминации¹. То есть это положение относится к внутреннему законодательству ратифицирующих стран этого документа принципа запрещения дискриминации в рамках собственного влияния Конвенции. Положения Протокола № 12 могут также применяться в случаях дискриминации в отношении детей с особым социальным статусом, что обеспечивает им дополнительную международно-правовую защиту.

Однако ограниченный судебный опыт по реализации прав инвалидов не умаляет значения Европейского суда по правам человека в этом отношении. Европейский суд по правам человека предоставляет больше правовых возможностей для защиты прав детей-инвалидов и детей с особым социальным статусом, что играет особую роль в неэффективности международных механизмов защиты культурных и социальных прав.

Анализируя опыт Европейского суда по правам человека в отношении людей с ограниченными возможностями, следует отметить, что, во-первых, количество дел о реализации социальных прав детей с особым социальным статусом невелико, а, во-вторых, несмотря на небольшой размер таких дел Европейский суд по правам человека рассматривает десятки случаев дискриминационного обращения без учета их особых потребностей, что является нарушением ст. 14 Европейской конвенции.

Результаты исследования. Таким образом, анализируя свод международных норм, обеспечивающих права детей с ограниченными возможностями, можно подтвердить, что в большинстве проанализированных международно-правовых документов, касающихся образования, здравоохранения, социального обеспечения установлены нормы, обеспечивающие реализацию социальных прав.

Право на образование, одно из самых распространенных социальных прав таких детей, можно рассматривать с двух точек зрения: 1) основное право каждого на образование и 2) осуществление дополнительных прав на образование.

Общим знаменателем международных правовых документов является недискриминация. Хотя большинство этих документов носят декларативный характер, конвенции, имеющие обязательную юридическую силу, устанавливают активные обязательства государств по защите социальных прав детей с ограниченными возможностями.

¹ Arnardóttir O.M. Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights. *Martinus Nijhoff Publishers*, 2003. 265 p. P. 34.

² Brownlie I., Guy S. Goodwin-Gill. *Brownlie's Documents on Human Rights*. Oxford University Press, 2010. 1265 p. P. 185.

³ Burton F. *Core Statutes on Family Law 2015-16*. Palgrave Macmillan, 2015. 376 p. P. 344.

⁴ Colin P. *The Power of Education: Education for All, Development, Globalisation and UNESCO*. Springer, 2014. 280 p. P. 52.

⁵ David M. *Diversities in Education: Effective Ways to Reach All Learners*. Taylor & Francis, 2016. 336 p. P. 206.

⁶ Doebbler F. Curtis. *The Principle of Non-Discrimination in International Law*. 2007, CD publishing. 473 p. P. 162.

⁷ Kumar A. *Human Rights And Sustainable Development*. Sarup & Sons, 2006. 320 p. P. 54.

⁸ Valentina F.D., Rachele Cera, Giuseppe Palmisano. *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Springer, 2017. 769 p. P. 453.

⁹ Vierdag E.W. *The Concept of Discrimination in International Law: With Special Reference to Human Rights*. Springer Science & Business Media, 2012. 176 p. P. 81.

¹⁰ Zehlia B.W. *Language, Development Aid and Human Rights in Education: Curriculum Policies in Africa and Asia*. Springer, 2016. 181 p. P. 10.

¹¹ URL: http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA_E.PDF

¹² URL: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfMentallyRetardedPersons.aspx>

Резюме

Абдуллаєва С. Міжнародно-правовий захист соціальних прав дітей з обмеженими можливостями.

Мета: обґрунтування необхідності розширення процесу нормативно-правового закріплення й захисту соціальних прав дітей з обмеженими можливостями.

Методи: аналіз і вивчення міжнародно-правових документів, що містять у собі положення про захист соціальних прав дітей з обмеженими можливостями.

Результати: визначено нормативну й практичну корисність закріплення соціальних прав дітей у міжнародно-правових актах. Було прийнято низку міжнародно-правових документів про права дітей з обмеженими можливостями. Поряд із правовими документами діяльність міжнародних судових органів і різних комітетів із захисту соціальних прав цієї категорії дітей можна узагальнити як діяльність міжнародних механізмів у відповідній області. З огляду на велику кількість міжнародних норм щодо захисту прав дітей з обмеженими можливостями в соціальній сфері ми вважаємо більш доцільним об'єднати їх у дві групи. Насамперед необхідно згадати основні документи або загальні міжнародно-правові акти в області захисту прав і свобод людини. Поряд із загальними міжнародно-правовими документами були прийняті міжнародно-правові акти в спеціальному напрямі із захисту прав дітей з обмеженими можливостями в соціальній сфері.

Обговорення: пропозиція включення цього питання до порядку денного міжнародних організацій.

Ключові слова: права дітей, соціальні права, обмежена можливість, діти-інваліди, інклюзивність, рівні можливості, дискримінація, право на освіту, Європейський суд.

Резюме

Абдуллаєва С. Международно-правовая защита социальных прав детей с ограниченными возможностями.

Цель: обоснование необходимости расширения процесса нормативно-правового закрепления и защиты социальных прав детей с ограниченными возможностями.

Методы: анализ и изучение международно-правовых документов, содержащих в себе положения о защите социальных прав детей с ограниченными возможностями.

Результаты: определена нормативная и практическая полезность закрепления социальных прав детей в международно-правовых актах. Был принят ряд международно-правовых документов о правах детей с ограниченными возможностями. Наряду с правовыми документами деятельность международных судебных органов и различных комитетов по защите социальных прав этой категории детей можно обобщить как деятельность международных механизмов в соответствующей области. Учитывая большое количество международных норм по защите прав детей с ограниченными возможностями в социальной сфере, мы считаем более целесообразным объединить их в две группы. Прежде всего, необходимо упомянуть основополагающие документы или общие международно-правовые акты в области защиты прав и свобод человека. Наряду с общими международно-правовыми документами были приняты международно-правовые акты в специальном направлении по защите прав детей с ограниченными возможностями в социальной сфере.

Обсуждение: предложение включения этого вопроса в повестку дня международных организаций.

Ключевые слова: права детей, социальные права, ограниченная возможность, дети-инвалиды, инклюзивность, равные возможности, дискриминация, право на образование, Европейский суд.

Summary

Sevinj Abdullayeva. International legal protection of social rights of children with disabilities.

Goal: justification of the need to expand the process of legal consolidation and protection of social rights of children with disabilities.

Methods of research: analysis and study of international documents containing provisions on the social rights of children with disabilities.

Results: the normative and practical usefulness of securing the social rights of children in international legal acts is determined. A number of international legal instruments have been adopted on the rights of children with disabilities. Along with legal documents, the activities of international judicial bodies and various committees for the protection of the social rights of this category of children can be summarized as the activities of international mechanisms in the relevant field. Taking into account the large number of international norms for the protection of the rights of children with disabilities in the social sphere, we consider it more appropriate to combine them into two groups. First of all, it is necessary to mention the fundamental documents or general international legal acts in the field of protection of human rights and freedoms. Along with general international legal documents, international legal acts were adopted in a special direction to protect the rights of children with disabilities in the social sphere.

Discussion: proposal to include this issue on the agenda of international organizations.

Key words: children's rights, social rights, disability, disabled children, inclusiveness, equal opportunities, discrimination, right to education, European Court.

ANAR PANAHOV

*Anar Panahov, Ph.D. Candidate of Baku State University**

**MAIN DIRECTIONS OF THE PRINCIPLE OF INTERNATIONAL
LEGAL COOPERATION IN THE FIELD OF OIL EXPORT**

Statement of the problem and its relevance. Today the world is facing the need to create a new order, to form a system of interstate political and economic relations, ensuring equal, mutually beneficial economic cooperation of all states. One of the most important principles in the regulation of international economic relations is the principle of economic cooperation, which is considered fundamental to the principle of international legal cooperation in the field of oil exports. The legal nature of the principle of cooperation in international economic law, in a sense, may seem controversial. So, according to I.I. Lukashuk, this principle is largely in the nature of an idea that permeates the rest of the principles. All principles and norms should be applied in accordance with the principle of cooperation⁶. However, the principle of international cooperation, reflected in the UN Charter, forms the fundamental basis of this universal organization and relations between states. This principle obliges states to cooperate with each other regardless of the differences in their political, economic and social systems.

The purpose of the article is to substantiate the principle of international legal cooperation in the field of oil exports as an integral part of the principle of international economic cooperation.

Analysis of research and publications. In the doctrine of international law, the substantiation of some important areas of the principle of international legal economic cooperation, as well as cooperation in the field of oil exports, is considered in the works of A.I. Sadigov^{8,9}, M. Ramady⁷, D. Galushko⁵, R. Bejesky² and others.

Presentation of the main article. Articles 55-56 of the UN Charter define the obligation of states to cooperate in order to solve economic, social and cultural problems. The content of this principle, which, along with the UN Charter, is indicated in the Declaration on the Principles of International Law (1970), in the Charter of Economic Rights and Duties of States (1974), in the Seoul Declaration on the Progressive Development of the Principles of Public International Law relating to the new international economic order (1986) can be stated as follows: the right to participate in any form of economic cooperation, in accordance with the principles and goals expressed in the UN Charter; the right of states to participate in universal and regional international economic organizations; the right to freely determine partners in international economic relations; the right to mutual concessions and assistance from states in the liberalization of international trade, by protecting the interests of developing countries and countries in transition⁸.

Also, it should be noted that attracting foreign investments in the energy sector, in particular in the exploitation of oil resources, ensuring environmental safety is considered impossible without international cooperation. The principle of international cooperation in the exploitation of energy resources was also firmly enshrined in the Energy Charter Treaty, in the Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects, etc.⁹ International cooperation in the exploitation of energy resources is aimed at the following issues: energy efficiency and environmental protection; determination of liability for damage caused in connection with ensuring environmental safety; creation of an appropriate legal framework; financing to ensure energy efficiency; creation of framework conditions for the most economical use of energy by producers and consumers in determining market prices for energy resources, taking into account environmental costs; exchange of new waste-free technology; protection of intellectual property rights; transparency of legal and regulatory acts; removing barriers to energy efficiency and related investment.

Article 9 of the Protocol to the Energy Charter defines that cooperation between the Contracting Parties may take place in any necessary form, which are listed in the Annex of this Protocol. These include: Development of energy efficiency programs, including identification of barriers and potential opportunities in energy efficiency, and development of energy labels and performance standards; Assessment of the Environmental Impact of the Energy Cycle; Development of economic, legislative and regulatory measures; Technology transfer, technical assistance and industrial joint ventures subject to an international property rights regime and other applicable international agreements; Scientific research and experimental design work; Education, training, information and statistics; Identifying and evaluating measures such as fiscal or other market-based means, including chargeable permits to account for external, especially environmental, costs and benefits; Analysis and development of energy policy; Evaluation of economic measures for Increasing Energy Efficiency and achieving environmental goals; Analysis of energy efficiency in the field of processing, transformation and transportation and distribution of hydrocarbons.

It is difficult to imagine the dynamic development of economic cooperation and integration processes without the creation of a reliable international legal mechanism. Formation and development of economic cooperation is carried out on an international legal basis at the bilateral, subregional and interregional levels and is manifested in such forms as mutual support in order to establish sovereignty over natural resources; the creation of a number of bodies

for cooperation in industry, science, technology, education, trade, transport, maritime transport, credit and currency and financial transactions, etc. Thus, a number of non-governmental organizations have been created and are operating, which play a prominent role in world energy policy. These are the world oil and gas congresses – they consider the problems of the development of the oil and gas industries; International Association of Oil and Gas Producers – deals with the interaction of large oil and gas companies and the coordination of their collective efforts on a number of global problems¹¹. I.S. Zhukova notes that conferences are an important form of negotiation mechanism, following which international political documents in the field of energy cooperation are adopted: declarations, memoranda, statements, communiqués, charters, etc. In addition to political documents, international treaties are signed, many of which are subject to ratification by their signatories¹².

It is clear that the principle of international economic cooperation also determines the main directions of international legal cooperation in the field of energy trade, in particular the oil economy. This cooperation covers different levels, such as cooperation between oil exporting countries, cooperation between OPEC (Organization of Petroleum Exporting Countries) member states and non-OPEC members, cooperation between oil exporting countries and oil importing countries.

In addition to OPEC, the most important international organizations in the field of energy also play a significant role in the international legal regulation of cooperation in the use of energy resources, in particular oil sector. Such international intergovernmental organizations allow collective actions to be taken to protect diverging national energy interests, mainly aimed at ensuring energy security⁵. In 1974, the International Energy Agency (IEA) was created. From the very beginning, the Agency's activities were aimed at coordinating energy policy. One of the first steps of the Organization was the conclusion of the Agreement on the International Energy Program. It included provisions for emergency self-sufficiency for the Member States. Article 2 of the Agreement provided that the Participating Countries shall establish a common emergency self-sufficiency in oil supplies. To this end, each Participating Country shall maintain emergency reserves sufficient to sustain consumption for at least 60 days with no net oil imports. Both consumption and net oil imports shall be reckoned at the average daily level of the previous calendar year. The term "emergency reserve commitment" means the emergency reserves equivalent to 60 days of net oil imports.

The energy crisis gave a powerful impetus to the development of economic cooperation between oil exporting countries and oil importing countries in the 1970s. The rapid rise in oil prices has significantly increased the financial potential of exporting countries, which has created opportunities, on the one hand, to expand imports of goods and services, and on the other, to export financial 'surpluses'. At the same time, the rising cost of oil imports required other countries to at least partially balance their payments with OPEC countries by increasing exports of goods and services, as well as labor¹⁰. Large agreements of this kind were concluded in 1986 by India with Saudi Arabia, Kuwait, Qatar and the UAE¹⁰.

As already noted, the decisive role in the field of international legal cooperation in the oil economy is played by the cooperation of states within the framework of OPEC. The necessity for the development of closer cooperation became more apparent in 1959, when the First Arab Petroleum Congress took place in Cairo, Egypt. The Congress adopted a resolution calling to oil companies to consult with the governments of the oil-producing states before unilaterally taking any decision on oil prices. Other decision was interrelated with the signing of a general agreement on the establishment of the Oil Consulting Commission³.

OPEC is a voluntary intergovernmental economic organization, the task and main goal of which is to coordinate and unify the oil policy of its member states. In an effort to intensify the struggle against oil monopolies, developing exporter-countries of liquid fuels came to the conclusion that it was necessary to join forces and oppose the monopoly organizations with their own. In 1960, in Baghdad, the main suppliers of oil to the world market – Venezuela, Iraq, Iran, Kuwait and Saudi Arabia – founded OPEC. Today OPEC members are: Algeria, Angola, Congo, Equatorial Guinea, Gabon, Iran, Iraq, Kuwait, Libya, Nigeria, Saudi Arabia, United Arab Emirates, Venezuela. Also, some other oil exporting countries in different periods were also members of OPEC: Ecuador (1973–1992; 2007–2020), Indonesia (1962–2009, January 2016 – November 2016), Qatar (1961–2019)¹³. This list shows that not all exporting countries are OPEC members. Only the founding states and those countries whose applications for admission have been approved by the supreme body of OPEC – the Conference – can be full members of OPEC. However, any other country that exploits crude oil to a significant extent and has interests that are fundamentally similar to those of the OPEC member states can become a full member.

OPEC, ever since its early founding years, has professed cooperation between its members and non-OPEC producers. Article 2 of the 1960 OPEC statute lists, among other objectives, the following: Due regard shall be given at all times to the interests of the producing nations and to the necessity of securing a steady income to the producing countries; an efficient, economic and regular supply of petroleum to consuming nations; and a fair return on their capital to those investing in the petroleum industry. The non-OPEC cooperation of the early establishment period involved resolving differences and wresting national rights from multinational oil companies, but from the mid-1970s, OPEC turned its attention to ever-increasing non-OPEC oil supplies. Contacts began with a host of non-OPEC countries, notably Mexico, Malaysia, Brunei, the UK, Norway, Russia, and Brazil⁷.

The period prior to 1973 and the first Arab oil embargo was a very stable period in the history of the oil market as illustrated earlier, thanks to the role played by the IOCs and the structure of cooperation the seven major companies, the Seven Sisters, put together. The companies, while competing against each other in the downstream, were able to cooperate both vertically and horizontally in the upstream. OPEC countries were never able to reach that level of cooperation among member countries since the organization's inception⁷. However, the great influence of OPEC on international cooperation in the field of legal regulation of the oil market throughout the entire era of its development is undeniable. The instruments of legal and economic regulation of the oil market, first of all, are the

adoption of joint decisions, the establishment of quotas and, as a consequence, the change in prices. By maneuvering quotas and prices, the OPEC countries regulated supply and demand in the market.

Recently, cooperation within the framework of OPEC + has also played a large role in international legal cooperation in the field of oil exports, which covers such exporting states as Azerbaijan, Bahrain, Brunei, Kazakhstan, Malaysia, Mexico, Oman, Russia, South Sudan and Sudan. However, according to some authors, countries with higher levels of production are able to affect the production of other countries¹. Accordingly, full international cooperation in the field of legal regulation in the field of oil exports between all oil exporting countries within the framework of OPEC is still unrealistic. This is due to the attitude of such oil powers as the United States towards OPEC. According to R. Bejesky, it is not clear that OPEC's behavior has been unreasonably opportunistic for the past thirty years. As for American politicians transfixed on expedient explanations for American economic downturns and high oil and gasoline prices, they should search for answers beyond OPEC heuristics².

It should also be noted that since 2016, within the framework of OPEC, meetings of OPEC member countries and countries that are not members of this organization, i.e. OPEC + member countries, are held. The result of the first meeting was the adoption of the Declaration on Cooperation between the participants of the two blocks. A meeting was convened at the OPEC Secretariat on 10 December 2016 in Vienna, Austria, to take into account current oil market conditions and short- to medium term prospects. The Ministers recognized the need for joint cooperation of the oil exporting countries, to achieve a lasting stability in the oil market in the interest of oil producers and consumers. According to the Declaration, the desire of Azerbaijan, the Kingdom of Bahrain, Brunei Darussalam, Equatorial Guinea, Kazakhstan, Malaysia, Mexico, the Sultanate of Oman, the Russian Federation, the Republic of Sudan, and the Republic of South Sudan, as well as other non-OPEC producers, to achieve oil market stability in the interest of all oil producers and consumers was recognized. In this regard, the aforementioned countries proposed to adjust their oil production, voluntarily or through managed decline, starting from 1 January 2017 for six months, extendable for another six months, to take into account prevailing market conditions and prospects. Countries participating in the Declaration of Cooperation decided to strengthen their cooperation, including through joint analyses and outlooks, with a view to ensuring a sustainable oil market, for the benefit of producers and consumers and to regularly review at the technical and ministerial levels the status of their cooperation³. Further, each time in subsequent meetings the provisions of this Declaration on oil prices were changed. On April 12, 2020, twenty-three oil-producing countries, following the results of video consultations in the OPEC + format, signed a new Declaration of Cooperation in order to reduce daily oil production in the world, which will remove its surplus from the market, which affected the strongest drop in oil prices⁴.

Another area of international legal cooperation in the field of oil export is the conclusion of international agreements in the field of oil transportation. Although there is no comprehensive international treaty for the construction of a pipeline or the transportation of oil through it, there are a number of international treaties of general application that provide support for the general legal framework supporting the pipeline project. For example, the ability to seamlessly transport oil and gas from one country to another through one or more other countries will be important. This right is provided for in a number of international treaties such as the General Agreement on Tariffs and Trade, the Barcelona Convention of 1921 and the Statute on Freedom of Transit. The Energy Charter Treaty is a multinational agreement that deals more specifically with the transit of energy and materials. At present, the signatories are countries mainly located in Europe and Central Asia. Thus, the Treaty is most applicable to the Trans-Caspian and Caucasian pipelines, which are a feature of this region⁴.

Conclusions. In the conclusion of the above study, it can be concluded that the principle of international legal cooperation in the field of oil export is an integral part of the principle of international economic as well as energy cooperation. The conclusion of the Energy Charter Treaty has become an important milestone in the development of international legal regulation of the use of energy resources. It laid the foundations for the creation of a global energy space and universal principles for all participants in international trade, norms and rules for cooperation in the energy sector. The Energy Charter Treaty is a legally binding multilateral international agreement, the only treaty regulating issues of interstate cooperation in the field of energy.

Article 9 of the Protocol to the Energy Charter, as well as the Annex of this Protocol, define a list of the main directions of international energy cooperation, which is a priority for all Participating States of this agreement. Despite the fact that since the establishment of the Organization, the OPEC countries have not been able to achieve the highest level of cooperation, today the meetings between the OPEC Member States and the OPEC+ Member States play an important role in observing the principle of international legal cooperation in the field of oil export. This experience between the OPEC and OPEC+ countries indicates that the principle of international legal cooperation in the field of oil export can become a key norm for achieving the common goals of the organization and international society as a whole.

¹ Al Rousan S., Sbia R., Tas B.K. A dynamic analysis of the world oil market: analysis of OPEC and non-OPEC members. *Energy Economics*. 2018. Vol. 75, P. 28–41. P. 38.

² Bejesky R. Geopolitics, oil law reform and commodity market expectations. *Oklahoma Law Review*. 2011. Vol. 63. P. 193–277. P. 276.

³ Chitadze N. The role of the OPEC in the international energy market. *Journal of Social Sciences*. 2015. Vol. 1. P. 5–12. P. 5.

⁴ Dulaney M., Merrick R. Legal issues in cross-border oil and gas pipelines. *Journal of Energy and Natural Resources Law*. 2015. Vol. 23 (3), P. 247–265. P. 249–250.

⁵ Galushko D. Some aspects of development of international legal regulation of the energy sphere. *INTEREULAW EAST*. 2014. Vol. 1(1), P. 51–65. P. 58.

⁶ Lukashuk I.I. International Law. General part. Textbook. 3rd edition, rev. and add. Moscow, Volters Kluwer, 2005, 432 p. P. 320 [in Russian]

⁷ Ramady M., Mahdi W. OPEC in a shale oil world. Where to next? New York, Springer, 2015, 269 p. P. 60, 40.

⁸ Sadigov A.I. International Economic Law. Textbook. Baku, Baku University Publishing, 2008, 396 p. P. 82–83 [in Azeri].

⁹ Sadigov A.I. International Energy Law. Textbook. Baku, Adventa Group Publishing, 2013, 312 p. P. 70–71 [in Azeri].

¹⁰ Seyfulmulyukov I.A. OPEC countries in the developing world. Moscow, Nauka, 1989, 190 p. P. 141, 80 [in Russian].

¹¹ Zhiznin S. Energy Diplomacy of Russia: economy, politics and practice. Moscow, Ist Bruk Publishing, 2005, 638 p. P. 68 [in Russian].

¹² Zhukova I.S. On international energy law as a branch of international law. *Bulletin of the Orenburg State University*. 2010. Vol. 2 (108). P. 47–55. P. 68 [in Russian].

¹³ https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.htm

¹⁴ https://www.opec.org/opec_web/static_files_project/media/downloads/press_room/Statement%20-%2011th%20OPEC%20and%20non-OPEC%20Ministerial%20Meeting.pdf

¹⁵ https://www.opec.org/opec_web/static_files_project/media/downloads/publications/Declaration%20of%20Cooperation.pdf

Резюме

Панахов А. Основні напрями принципу міжнародно-правового співробітництва в галузі експорту нафти.

Мета: необхідність вивчити принцип міжнародно-правового співробітництва в галузі експорту нафти як складова частина принципу міжнародного економічного співробітництва.

Методи: аналіз і вивчення міжнародно-правових документів та наукових робіт, що містять в собі положення про принцип економічного співробітництва.

Результати: визначено принцип міжнародно-правового співробітництва в галузі експорту нафти як складова частина принципу міжнародного економічного співробітництва. Було прийнято ряд міжнародно-правових документів, які визначають основні напрями співробітництва держав у галузі використання енергоресурсів. Поряд із правовими документами діяльність міжнародних організацій і різних форумів слід визначити як здійснення даного принципу. Аналізуючи основні міжнародні документи, діяльність відповідних міжнародних організацій, а також наукові роботи в даному напрямі, що принцип міжнародно-правового співробітництва в галузі експорту нафти може стати ключовою нормою для досягнення загальних цілей організації та міжнародного суспільства в цілому.

Обговорення: визначення принципу міжнародно-правового співробітництва в галузі експорту нафти як складова частина принципу міжнародного економічного співробітництва.

Ключові слова: принцип міжнародного економічного співробітництва, принцип міжнародно-правового співробітництва в галузі експорту нафти, країни-експортери, Договір до Енергетичної Хартії, Міжнародне Енергетичне Агентство, ОПЕК.

Резюме

Панахов А. Основные направления принципа международно-правового сотрудничества в области экспорта нефти.

Цель: необходимость изучить принцип международно-правового сотрудничества в области экспорта нефти как составная часть принципа международного экономического сотрудничества.

Методы: анализ и изучение международно-правовых документов и научных работ, содержащих в себе положения о принципе экономического сотрудничества.

Результаты: определен принцип международно-правового сотрудничества в области экспорта нефти как составная часть принципа международного экономического сотрудничества. Был принят ряд международно-правовых документов, которые определяют основные направления сотрудничества государств в области использования энергоресурсов. Наряду с правовыми документами деятельность международных организаций и различных форумов следует определить как осуществление данного принципа. Анализируя основные международные документы, деятельность соответствующих международных организаций, а также научные работы в данном направлении, что принцип международно-правового сотрудничества в области экспорта нефти может стать ключевой нормой для достижения общих целей организации и международного общества в целом.

Обсуждение: определение принципа международно-правового сотрудничества в области экспорта нефти как составная часть принципа международного экономического сотрудничества.

Ключевые слова: принцип международного экономического сотрудничества, принцип международно-правового сотрудничества в области экспорта нефти, страны-экспортеры, Договор к Энергетической Хартии, Международное Энергетическое Агентство, ОПЕК.

Summary

Anar Panahov. Main directions of the principle of international legal cooperation in the field of oil export.

Goal: the need to study the principle of international legal cooperation in the field of oil export as an integral part of the principle of international economic cooperation.

Methods of research: analysis and study of international legal documents and scientific works containing provisions on the principle of economic cooperation.

Results: the principle of international legal cooperation in the field of oil export as an integral part of the principle of international economic cooperation has been defined. A number of international legal documents were adopted, which define the main directions of cooperation between states in the field of energy resources use. Along with legal documents, the activities of international organizations and various forums should be defined as the realization of this principle. Analyzing the main international documents, the activities of relevant international organizations, as well as scientific work in this direction, we consider that the principle of international legal cooperation in the field of oil export can become a key norm for achieving the common goals of the organization and international society as a whole.

Discussion: defining the principle of international legal cooperation in the field of oil export as an integral part of the principle of international economic cooperation.

Key words: the principle of international economic cooperation, the principle of international legal cooperation in the field of oil export, exporting countries, the Energy Charter Treaty, the International Energy Agency, OPEC.

А.А. ПЕТРЕНКО

*Анатолій Анатолійович Петренко, аспірант
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
НАН України**

ORCID: 0000-0002-1646-6652

КОНВЕНЦІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА В РАМКАХ ОЕСР

Характерною тенденцією розвитку міжнародного права у другій половині ХХ та на початку ХХІ ст. є суттєве розширення правотворчої функції міжнародних міждержавних організацій. Міжнародні організації як суб'єкти міжнародного права займають важливе місце у вирішенні спільних питань у політичній, економічній, соціальній, освітній та інших сферах, діючи від імені та в інтересах держав і урядів, які їх створили. Аналізуючи роль міжнародних організацій в процесі міжнародної правотворчості, відомий польський юрист-міжнародник К. Скубішевський свого часу слушно зауважував, що «ця роль виражається у різних формах починаючи від простих підготовчих та допоміжних дій, які допомагають державам краще укладати договори у все зростаючій кількості сфер або прийняття незобов'язуючих резолюцій, що стосуються міжнародного права, до участі як сторони у деяких договорах та прийняття різних видів регулювання, включаючи правила, які прямо зобов'язують держави та замінюють договори»¹.

У системі міжнародних організацій економічного характеру, які у своїй діяльності охоплюють широке коло проблем та напрямів, важливе місце належить Організації економічного співробітництва та розвитку (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)). Ця організація була утворена у 1961 р. на базі Європейської організації економічного співробітництва, заснованої у 1948 р. в якості інституційної структури для ефективного використання американської допомоги з метою реконструкції Європи після Другої Світової війни в рамках Плану Маршала. Первинними членами цієї організації стали промислово розвинуті країни Європи та Північної Америки, згодом ця організація еволюціонувала у своєрідний «клуб» найбільш промислово розвинутих країн світу. Нині до складу ОЕСР входять 36 держав-учасниць: Австралія, Австрія, Бельгія, Великобританія, Греція, Данія, Естонія, Ізраїль, Іспанія, Ісландія, Ірландія, Італія, Канада, Корея, Латвія, Литва, Люксембург, Мексика, Німеччина, Норвегія, Нова Зеландія, Нідерланди, Польща, Португалія, Словаччина, Словенія, США, Туреччина, Угорщина, Фінляндія, Франція, Чехія, Чилі, Швеція, Японія.

Характеризуючи вплив діяльності ОЕСР на прогресивний розвиток сучасного міжнародного права, слід зауважити, що протягом майже 70 років існування ОЕСР в рамках цієї організації було розроблено та прийнято чимало різноманітних правових інструментів, спрямованих на вирішення найширшого кола питань, пов'язаних з різними сферами економіки, боротьбою з корупцією, освітою і наукою, охороною навколишнього середовища тощо, а саме рішення, рекомендації, декларації, міжнародні договори, *ad hoc* інструменти. «В ОЕСР ми встановлюємо міжнародні правила. Члени ОЕСР можуть обрати чи бажають вони перетворити їх в обов'язкові угоди. Але оскільки немає єдиного органу, який би встановлював правила в міжнародному праві, багатьох технічних неонов'язкових стандартів ОЕСР дотримуються так, якби вони були обов'язковими»², – зауважував Генеральний секретар ОЕСР Хосе Ангель Гурія у своєму виступі на щорічному зібранні Американської асоціації міжнародного права у 2011 р.

Попри таку суттєву роль, яку відіграє ОЕСР у міжнародному правотворчому процесі, дослідження правотворчої функції та її загалом міжнародно-правового статусу ОЕСР тривалий час майже не привертало уваги вітчизняних юристів-міжнародників. Можна вказати лише на дисертаційне дослідження³ та низку публікацій⁴ української дослідниці В.П. Тичини. Питання міжнародно-правового співробітництва у сфері захисту економічної конкуренції в рамках ОЕСР досліджував Ю.І. Зайченко⁵, антикорупційні інструменти ОЕСР – І.С. Ніжинська⁶. У зарубіжній науці проблематика, пов'язана з впливом ОЕСР на розвиток міжнародного права, також не належить до найбільш популярних, проте ці питання розглядалися у працях таких науковців, як Н. Бонуччі⁷ та Г. Котарі⁸, Дж. Зальцман⁹, Ж. Вершав та Т. Такач¹⁰, Ю. Чжін¹¹ та інших.

Метою даної публікації є аналіз юридичного змісту та ефективності міжнародних договорів, розроблених та прийнятих під егідою ОЕСР.

Варто зауважити, що якщо виходити суто з кількісного показника, то юридично обов'язковим міжнародним договорам належить порівняно невеликий відсоток у всьому нормативному масиві актів, прийнятих в рамках ОЕСР. Протягом усього періоду існування цієї міжнародної міждержавної організації в її рамках прийнято 13 конвенцій, 10 з яких є чинними на сьогоднішній день (Конвенція про встановлення безпечного контролю в сфері ядерної енергії від грудня 1957 р.¹², Конвенція про відповідальність перед третьою стороною в сфері ядерної енергії від 29 липня 1960 р.¹³, відома як Паризька конвенція 1960 р., Конвенція від

31 січня 1963 р., що доповнює Паризьку конвенцію від 29 липня 1960 р.¹⁴, або Додаткова Брюссельська конвенція, Конвенція про взаємну адміністративну допомогу у податкових справах від 25 січня 1988 р.¹⁵ та Протокол про внесення доповнень до неї від 27 травня 2010 р.¹⁶, Конвенція про боротьбу з підкупом посадових осіб іноземних держав при міжнародних ділових операціях від 17 грудня 1997 р.¹⁷, Рамкова угода про багатосторонню ядерно-екологічну програму в Російській Федерації (МНЕРР) від 21 травня 2003 р.¹⁸ та Протокол щодо претензій, судового розгляду та відшкодування шкоди до неї¹⁹, Рамкова угода про міжнародне співробітництво з досліджень та розробок систем ядерної енергетики IV покоління від 28 лютого 2005 р.²⁰, Багатостороння конвенція про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування від 24 листопада 2016 р.²¹), дві з них не набули чинності (Угода про створення фонду фінансової підтримки ОЕСР від 9 квітня 1975 р.²² та Угода про нормальні умови конкуренції у комерційній суднобудівній та ремонтній галузі від 21 грудня 1994 р.²³), одна втратила свою юридичну силу (Європейська валютна угода від 29 липня 1955 р.²⁴).

Провідне місце серед прийнятих під егідою ОЕСР міжнародних конвенцій займає Конвенція про боротьбу з підкупом посадових осіб іноземних держав при міжнародних ділових операціях від 17 грудня 1997 р., яка набула юридичної сили 15 лютого 1999 р. відповідно до положень ст. 15, що передбачає наступну умову набуття чинності цим міжнародно-правовим документом: необхідно, щоб п'ять з десяти держав, що мають найбільшу частку в обсязі експорту відповідно до додатку до конвенції (США, Німеччина, Японія, Франція, Велика Британія, Італія, Канада, Південна Корея, Нідерланди, Бельгія разом з Люксембургом) та представляють не менше ніж 60 % комбінованого сумарного експорту цих десяти держав, депонували документи про затвердження, прийняття чи ратифікацію конвенції. Відповідно до ст. 13 конвенція є відкритою для приєднання не тільки держав-членів ОЕСР, а й будь-якої держави, що стала повноправною учасницею Робочої групи з питань хабарництва в міжнародних ділових операціях. Станом на 2020 р. у ній беруть участь 44 держави – всі держави-члени ОЕСР, а також Аргентина, Болгарія, Бразилія, Колумбія, Коста-Ріка, Перу, Російська Федерація та Південноафриканська Республіка.

Відповідно до положень ст. 1 цієї конвенції кожна держава-учасниця вживатиме всіх необхідних заходів для того, щоб встановити, що відповідно до національного законодавства свідомо пропозиція, обіцянка або надання прямо або через посередників будь-яких матеріальних, грошових чи інших переваг з боку будь-якої юридичної або фізичної особи на користь посадових осіб іноземних держав, або для таких посадових осіб, або для третіх осіб в обмін на певні дії або бездіяльність цієї посадової особи в зв'язку з виконанням своїх службових обов'язків і з метою отримання або збереження ділової вигоди, а також отримання неналежних переваг при здійсненні міжнародних ділових операцій утворює склад кримінально караного злочину²⁵. Пункт 2 цієї ж статті криміналізує також співучасть, підбурювання, сприяння і пособництво та санкціонування дій, спрямованих на підкуп посадової особи іноземної держави. Українська дослідниця І.С. Ніжинська справедливо наголошує, що однією з цілей цього документа є «підвищення ролі урядів у запобіганні випадків вимагання хабарів від окремих осіб та компаній при здійсненні міжнародних ділових операцій»²⁶. Конвенція регламентує питання санкцій, передбачаючи у ст. 3, що підкуп посадової особи іноземної держави підлягає ефективному, співрозмірному та суворому кримінальному покаранню, здійснення юрисдикції щодо такого роду злочинів (ст. 4), вжиття заходів щодо унеможливлення створення прихованих рахунків та укладення неврахованих або сумнівних угод, запису неіснуючих витрат з метою підкupu посадових осіб іноземної держави (ст. 8), надання взаємної правової допомоги в інтересах кримінального розслідування та судового переслідування щодо правопорушень, що охоплюються конвенцією (ст. 9), видачі злочинців (ст. 10), здійснення поточного контролю та сприяння повній реалізації конвенційних положень (ст. 12) тощо.

Аналізуючи конвенційні механізми ОЕСР доречно виділити групу конвенцій, які стосуються гармонізації та урегулювання податкового законодавства, зокрема Конвенцію про взаємну адміністративну допомогу у податкових справах від 25 січня 1988 р. (набула чинності 1 квітня 1995 р.) та Протокол про внесення доповнень до неї від 27 травня 2010 р. (набув чинності 1 червня 2011 р.), а також Багатосторонню конвенцію про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування від 24 листопада 2016 р. (набула чинності 1 липня 2018 р.).³ Нашої точки зору, «податкові» конвенції ОЕСР можуть бути визнані найбільш вдалим прикладом діяльності з кодифікації та прогресивного розвитку міжнародного права, що здійснювалася під егідою цієї організації. Якщо Конвенція про взаємну адміністративну допомогу у податкових справах 1988 р., яка розроблялася ОЕСР спільно з Радою Європи, була відкрита для підписання лише для держав-членів ОЕСР та Ради Європи, то версія цієї конвенції в редакції Протоколу 2010 р. відкрита для підписання для будь-якої держави. Відповідно до ст. 28 Конвенції в редакції Протоколу 2010 р. держава, яка не є членом ОЕСР чи Ради Європи, може робити запит, щоб їй запропонували підписати та ратифікувати Конвенцію, а відповідне рішення щодо запрошення такої держави приймається сторонами Конвенції шляхом досягнення консенсусу через координаційний орган. Станом на 2020 р. в цьому документі брали участь 108 держав, в тому числі й Україна²⁷. Багатостороння конвенція про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування 2016 р. відповідно до ст. 27 відкрита для підписання всіма державами і станом на 2020 р. вона вже набула чинності для 43 держав, в тому числі і України, а також для трьох коронних володінь британської корони – Джерсі, Гернсі та Мен, а загальна кількість підписантів цього документа перевищує 90 держав та юрисдикцій²⁸.

Предметом регулювання Конвенції про взаємну адміністративну допомогу у податкових справах 1988 р. є надання державами, що беруть у ній участь, адміністративної допомоги в сфері оподаткування. Ця допомога може включати при необхідності дії, що здійснюються судовими органами. Відповідно до положень ст. 1 цього документа така допомога включає: обмін інформацією, у тому числі одночасні податкові

перевірки і участь у податкових перевірках за кордоном; стягнення заборгованості щодо сплати податків, включаючи захисні заходи; вручення документів. Держави-учасниці Конвенції надають адміністративну допомогу одна одній незалежно від того, чи є особа, яка зачіпається відповідними положеннями, резидентом або громадянином цієї сторони або будь-якої іншої держави²⁹.

У свою чергу, Багатостороння конвенція про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування 2016 р. стала результатом реалізації так званого «Плану BEPS» (Base Erosion and Profit Shifting), що був розроблений ОЕСР разом з Групою двадцяти і мав своєю метою протидію агресивному міжнародному податковому плануванню, спрямованому на штучне виведення прибутків з-під оподаткування до юрисдикцій з низьким або нульовим рівнем оподаткування. Цей документ передбачає заходи, спрямовані на запобігання застосуванню гібридних схем зменшення податкового навантаження (ч. 2), зловживання положеннями угод про уникнення подвійного оподаткування (ч. 3), штучного уникнення статусу постійного представництва (ч. 4). Конвенція є ефективним способом одночасної зміни значної кількості угод про уникнення подвійного оподаткування, в той же час зберігаючи за державами-учасниками право самостійно визначати, які саме угоди вона бажає змінити.

Ще одним важливим напрямом міжнародно-правового співробітництва держав у рамках ОЕСР, з якого власне і починалася діяльність цієї організації з прийняття міжнародних конвенцій, стала розробка конвенцій у сфері правового забезпечення питань ядерної безпеки, відповідальності за шкоду, спричинену ядерними інцидентами, розвитку та використанню ядерної енергії, у тому числі поводження з радіоактивними відходами, що знайшло своє відображення в Конвенції про встановлення безпекового контролю у сфері ядерної енергії 1957 р. (набула чинності 22 липня 1959 р.), Паризькій конвенції 1960 р. (набула чинності 1 квітня 1968 р.), Додатковій Брюссельській конвенції 1963 р. (набула чинності 4 грудня 1974 р.), Рамковій угоді про міжнародне співробітництво з досліджень та розробок систем ядерної енергетики IV покоління 2005 р. (набула чинності 28 лютого 2005 р.). Значення діяльності ОЕСР для кодифікації і прогресивного розвитку норм міжнародного права, що регламентують питання використання ядерної енергії та відповідальності за ядерну шкоду, полягає в тому, що саме під егідою цієї організації були ще у кінці 50-х – на початку 60-х рр. минулого століття прийняті перші юридично зобов'язуючі документи в цій сфері, а сформульовані в них принципи, зокрема абсолютної відповідальності оператора ядерної установки, були покладені в основу конвенцій, прийнятих під егідою МАГАТЕ (Віденська конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1963 р.). Паризька конвенція 1960 р., яка доповнювалася трьома протоколами від 28 січня 1964 р., 16 листопада 1982 р. та 12 лютого 2004 р. (не набув чинності), відкрита для приєднання тільки для держав-членів ОЕСР, а для інших держав лише за умови односторонньої згоди договірних сторін, нараховує на 2020 р. 15 держав-учасниць, всі з яких є членами ОЕСР³⁰. Стороною Додаткової Брюссельської конвенції може стати лише держава, яка бере участь у Паризькій конвенції 1960 р. Станом на 2020 р. 12 держав-учасниць ОЕСР брали участь у цьому міжнародно-правовому документі³¹.

Отже, розглядаючи конвенційний вимір реалізації правотворчої функції ОЕСР, можна зробити висновок, що попри порівняно невелику кількість договірних інструментів, розроблених та прийнятих під егідою цієї організації, вони відіграють досить вагомий роль у системі сучасного міжнародного права. Адже міжнародні договори, укладені в рамках ОЕСР, спрямовані на вдосконалення правового регулювання міждержавних відносин в основних напрямках діяльності ОЕСР, зокрема в податковій, антикорупційній сферах та в сфері ядерної енергетики, характеризуються високим рівнем юридичної техніки. Більше того, ряд конвенцій ОЕСР є відкритими для приєднання для будь-якої держави світу, що дозволяє навіть державам, які не є членами ОЕСР, користуватися перевагами міжнародно-правового співробітництва в рамках цієї організації провідних промислово розвинутих держав світу. Так, наприклад, Україна приєдналася до Конвенції про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах 1988 р. в редакції Протоколу 2010 р. та Багатосторонньої конвенції про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування 2016 р.

¹ Skubiszewski K. Forms of Participation of International Organizations in the Lawmaking Processes. *International Organization*. Vol. 18. № 4 (Autumn 1964). P. 804.

² Harmony and dissonance in international law. Remarks by Angel Gurría, OECD Secretary-General, delivered at the annual meeting of the American Society of International Law, Washington D.C. 25 March 2011. URL: <https://www.oecd.org/unitedstates/harmonyanddissonanceininternationalallaw.htm>

³ Тичина В.П. Міжнародно-правовий статус організації економічного співробітництва та розвитку: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2019. 20 с.

⁴ Тичина В.П. Міжнародна правосуб'єктність Організації економічного співробітництва та розвитку. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2017. Вип. 46. Т. 2. С. 166–170 (Серія «Право»); Тичина В.П. Правова характеристика рекомендацій Організації економічного співробітництва та розвитку. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2017. № 26. С. 123–126 (Серія «Юриспруденція»).

⁵ Зайченко Ю.І. Роль Організації економічного співробітництва та розвитку у захисті економічної конкуренції на міжнародному рівні. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2016. Вип. 2. С. 136–139.

⁶ Ніжинська І.С. Міжнародні конвенції як засіб боротьби з корупцією. *Наука і право*. 2013. № 12. С. 174–179.

⁷ Bonucci N. The OECD at Fifty: Some Observations on the Evolving Nature of an International Organization. *The George Washington International Law Review*. 2011. Vol. 43. № 2. P. 239–254.

⁸ Bonucci N., Kothari G. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*. Oxford Public International Law. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e663>

⁹ Salzman J. The Organization for Economic Cooperation and Development's Role in International Law. *George Washington International Law Review*. 2011. Vol. 43. № 2. P. 255–276.

¹⁰ Verschaeve J., Takács T. The EU's International Identity: The Curious Case of the OECD. *The European Union's emerging international identity: views from the global arena*. Edited by Dewaele H. and Kuipers J.-J. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2013. P. 187–209.

¹¹ Чжин Ю. Международно-правовые вопросы деятельности Организации экономического сотрудничества и развития: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10; Российский университет дружбы народов. Москва, 2000. 16 с.

¹² Convention on the Establishment of a Security Control in the Field of Nuclear Energy. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0020>

¹³ Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0038>

¹⁴ Convention of 31 January 1963 Supplementary to the Paris Convention of 29 July 1960. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0053>

¹⁵ Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0235>

¹⁶ Protocol amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0382>

¹⁷ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293>

¹⁸ Framework Agreement on a Multilateral Nuclear Environmental Programme in the Russian Federation (MNEPR). URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0314>

¹⁹ Protocol on Claims, Legal Proceedings and Indemnification to the Framework Agreement on a Multilateral Nuclear Environmental Programme in the Russian Federation (MNEPR). URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0315>

²⁰ Framework Agreement for International Collaboration on Research and Development of Generation IV Nuclear Energy Systems. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0332>

²¹ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0432>

²² Agreement Establishing a Financial Support Fund of the Organisation Economic Co-operation and Development. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0136>

²³ Agreement respecting Normal Competitive Conditions in the Commercial Shipbuilding and Repair Industry. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0277>

²⁴ European Monetary Agreement. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0010>

²⁵ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293>

²⁶ Ніжинська І.С. Міжнародні конвенції як засіб боротьби з корупцією. *Наука і право*. 2013. № 12. С. 177.

²⁷ Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matter Status – 20 February 2020. URL: http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

²⁸ Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Status as of 13 May 2020. URL: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>

²⁹ Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0235>

³⁰ Paris Convention on Nuclear Third Party Liability. Latest status of ratifications or accessions. URL: <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html>

³¹ Brussels Supplementary Convention. Latest status of ratifications or accessions. URL: <http://www.oecd-nea.org/law/brussels-convention-ratification.html>

Резюме

Петренко А.А. Конвенційне регулювання міжнародного співробітництва в рамках ОЕСР.

У даній статті досліджуються місце та роль багатосторонніх конвенцій, прийнятих під егідою ОЕСР, в системі сучасного міжнародного права. Показано, що попри порівняно невелику кількість, конвенції, розроблені під егідою ОЕСР, є досить вдалими прикладами кодифікації і прогресивного розвитку міжнародного права в сфері боротьби з корупцією, адміністративної допомоги в сфері оподаткування, протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування, а також ядерної безпеки, відповідальності за шкоду, спричинену ядерними інцидентами.

Ключові слова: Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), правотворча функція ОЕСР, кодифікації та прогресивний розвиток міжнародного права, Конвенція про взаємну адміністративну допомогу у податкових справах 1988 р., Конвенція про боротьбу з підкупом посадових осіб іноземних держав при міжнародних ділових операціях 1997 р.

Резюме

Петренко А.А. Конвенционное регулирование международного сотрудничества в рамках ОЭСР.

В данной статье исследуются место и роль многосторонних конвенций, принятых под эгидой ОЭСР, в системе современного международного права. Показано, что, несмотря на сравнительно небольшое количество конвенции, разработанные под эгидой ОЭСР, являются достаточно удачными примерами кодификации и прогрессивного развития международного права в сфере борьбы с коррупцией, административной помощи в области налогообложения, противодействия размыванию базы налогообложения и выведения прибыли из-под налогообложения, а также ядерной безопасности, ответственности за ущерб, причиненный ядерными инцидентами.

Ключевые слова: Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), правотворческая функция ОЭСР, кодификация и прогрессивное развитие международного права, Конвенция о взаимной административной помощи в налоговых вопросах 1988 г., Конвенция о борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств при международных деловых операциях 1997 г.

Summary

Anatolii Petrenko. Conventional Regulation of International Cooperation within OECD.

A characteristic trend in the development of international law in the second half of the XX century and early XXI century is the significant expansion of the law-making function of international intergovernmental organizations, which are obtaining an increasingly important role each year in resolving common issues in the political, economic, social, educational and other spheres, acting on behalf and in the interests of the states that formed them. In the system of international organizations of economic nature, an important place belongs to the Organization for Economic Cooperation and Development, which unites 36 industrialized countries as at 2020. During almost 70 years of the OECD existence, the organization has developed and adopted a wide variety of legal instruments aimed at addressing the widest range of issues related to various sectors of the economy, the fight against corruption, education and science, the environment, etc., recommendations, declarations, international agreements, ad hoc instruments. Based on a purely quantitative indicator, legally binding international treaties have a relatively small percentage of the entire normative body of acts adopted under the OECD. In total, 13 conventions were adopted within its framework, 10 of which are in force today. However, the conventions, developed under the aegis of the OECD, are quite successful examples of codification and progressive development of international law in the fields of: anti-corruption (Convention to Combat Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions of December 17, 1997); administrative assistance in the field of taxation (Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters of January 25, 1988 and Protocol amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters of May 27, 2010); counteraction to the tax base erosion and profit shift (Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting of November 24, 2016); nuclear safety, liability for damage caused by nuclear incidents (Convention on the Establishment of a Security Control in the Field of Nuclear Energy of December 20, 1957, Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of July 29, 1960 (Paris Convention, 1960), Convention of 31 January 1963 Supplementary to the Paris Convention of July 29, 1960 (Brussels Supplementary Convention)).

Key words: Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), law-making function of OECD, codification and progressive development of international law, Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters of 1988, convention to Combat Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions of 1997.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.94

УДК 341

А. ПОЛАДОВ

*Араз Поладов, докторант Бакинского государственного университета**

ПРАВИЛА ЗАЩИТЫ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ США

Постановка проблемы и ее актуальность. В формировании и развитии права на неприкосновенность частной жизни в Соединенных Штатах Америки в современном понимании решающую роль сыграл доктринальный поход, в частности, знаменитая статья «Право на личную жизнь», опубликованная 15 декабря 1890 г. в «Гарвардском юридическом обозрении» С.Д. Уоррена и Л. Брандейса. С точки зрения неприкосновенности частной жизни статья определила направление развития законодательства США. Более того, это был главный прогрессивный шаг для дальнейшего развития этого права как в странах Англосаксонской, так и в странах Континентальной правовой системы. Хотя в статье указывается, что это право уже существовало во Франции и соответственно, должно быть признано в Соединенных Штатах Америки, статья фокусируется на различиях в методологических подходах к этому закону в странах с системами континентального и общего права.

В Конституции США нет конкретной статьи о неприкосновенности частной жизни, однако деятельность судов выявила конституционные основы защиты частных прав от произвольного вмешательства в некоторые конфиденциальные области частной жизни. Она основана на защите индивидуальных свобод от вмешательства государства, и это закреплено в четвертой, пятнадцатой и четырнадцатой поправках к Конституции.

Целью статьи является определение общей характеристики защиты персональных данных: анализ законодательства и прецедентного права.

Анализ исследований и публикаций. В доктрине и прецедентном праве обоснование необходимости нормативно-правового закрепления защиты персональных данных рассматривается в работах Н. Терри⁷, Л. Согто⁶, С. Ходжес⁵, М.У. Бреннан², Ф.С. Члаповски⁴ и др.

Изложение основного материала. В целом в Соединенных Штатах Америки существует отраслевой подход к конфиденциальности данных. Нет специального федерального закона, который гарантировал бы конфиденциальность и защиту персональных данных. Вместо этого законодательство на федеральном уровне в первую очередь защищает данные в определенных секторах. В отличие от Общего Регламента ЕС, в Соединенных Штатах Америки действуют федеральные законы и законы штатов, административные и

отраслевые правила саморегулирования. Меры безопасности для защиты частной жизни зависят от конкретной области, и в этом отношении существует ряд законодательных актов и судебных прецедентов. Эти акты применяются только к конкретным областям, таким как «здравоохранение, образование, связь, защита прав детей и финансовые услуги, или случаи сбора данных в Интернете»⁷. Хотя на первый взгляд юристы-компаративисты имеют несколько негативное отношение к американской системе защиты конфиденциальности, именно американская система защиты персональных данных является более надежной и сложной, чем европейская.

В Соединенных Штатах Америки нет всеобъемлющего закона о защите персональных данных. В США законы о защите данных противоречивы. Они обычно применяются к государственным органам, а не частным. Есть некоторые законы, которые регулируют отдельные учреждения, но они очень специфичны, то есть они применяются только к определенной области. В дополнение к законам есть некоторые прецеденты, комментирующие конституционную защиту, которые также близки к определению права на защиту персональных данных¹. На федеральном уровне наиболее важными законами являются Закон 1974 г. «О защите частной жизни» и Закон 2002 г. «Об обеспечении доступа граждан к государственной информации и услугам» (или «Закон о свободе информации»). Тем не менее, они относятся только к федеральным агентствам.

Закон о конфиденциальности 1974 г. устанавливает процедуры обработки персональных данных: процедуры сбора, хранения, использования и распространения персональных данных, хранящихся в базах данных федерального правительства. В то же время гражданам предоставляется возможность получить информацию о себе, хранящуюся в базах данных этих агентств, запрещается исправлять, добавлять или раскрывать эту информацию без письменного согласия лица. Закон 2002 г. устанавливает стандарты для государственных электронных ресурсов, связанных с оборотом персональных данных. Закон о свободе информации позволяет любому получить доступ к документам, хранящимся в федеральных агентствах, за некоторыми исключениями. Два исключения обеспечивают некоторую степень защиты данных. Во-первых, «кадровые и медицинские записи и открытые документы не допускаются к аналогичным документам, которые могут открыто и неоправданно ущемлять личную информацию». Во-вторых, «записи или информация, собранные для правоохранительных целей», не допускаются.

Защита персональных данных всегда была в центре внимания коммерческого и финансового сектора. Законодательство в этих областях постоянно совершенствуется. Первым и наиболее важным из этих законов является Закон 1970 г. «О справедливой кредитной отчетности». Этот закон широко регулирует сбор и раскрытие информации, защищенной кредитными организациями. Согласно закону, кредитные учреждения должны применять «разумные процедуры по обеспечению максимально возможной точности» информации, хранящейся в них, а также предоставлять всеобъемлющую процедуру раскрытия для желающих возразить против полноты или точности любой информации. Разглашение любого кредитного отчета другим физическим или юридическим лицам запрещено.

В целом, Федеральная торговая комиссия, независимый правоохранительный орган США, ставший в стране агентством по обеспечению конфиденциальности, играет важную роль в защите личной информации. Однако основные правовые функции Федеральной торговой комиссии вытекают из раздела 5 Закона «О Федеральной торговой комиссии». Юрисдикция Федеральной торговой комиссии заключается в выявлении и оспаривании нарушений конфиденциальности организациями, чья информационная практика считается «мошеннической» или «несправедливой»⁶. В этом смысле Федеральная торговая комиссия – это широкая система защиты потребителей, используемая для запрещения нечестных или вводящих в заблуждение действий, связанных с раскрытием и процедурами защиты личных данных.

Закон «О модернизации финансовых услуг» (или Закон Грэма-Лича-Блейли) защищает «непубличную» личную информацию потребителей при использовании финансовыми учреждениями. Согласно закону, «персональные данные» или «непубличные персональные данные» означают личную финансовую информацию, предоставленную потребителем финансовому учреждению; информацию, полученную в результате транзакции с потребителем или услуги, предоставленные потребителю, или информацию, полученную другим финансовым учреждением. Конфиденциальные личные данные защищены. Личная информация, открытая для общественности, не защищена. Сторонники закона настаивают на том, что политика регулирования персональных данных должна включать описание условий использования сервиса на понятном для пользователя языке, указывать, что пользовательские данные хранятся точно, кто их хранит и для какой цели. Критики утверждают, что эффективность защиты личных данных зависит от способности уклоняться от требований Закона, и для его повышения необходимо разработать методы информирования пользователя о правовых последствиях, а также всестороннее понимание того, как будут использоваться данные⁵.

Закон 2003 г. «О нежелательных порнографиях и маркетинге», инициированный сенаторами Конрада Варенсом и Роном Уайденом, регулирует сбор и использование электронной почты. Закон распространяется на все сообщения электронной почты, основной целью которых является реклама или продвижение коммерческого продукта или услуги, а также на все коммерческие сообщения, определяемые как сообщения электронной почты, рекламирующие контент на коммерческих сайтах. Закон не исключает электронную почту между предприятиями, поскольку сообщения, отправленные бывшим клиентам с объявлением о новых продуктах, также должны соответствовать закону. Важно отметить, что данный Закон не создает права индивидуальных действий для потребителей. Напротив, основная ответственность за реализацию Закона лежит на Федеральной торговой комиссии. Многие федеральные и государственные органы, наряду с интернет-провайдерами, имеют возможность применять положения этого закона².

Закон 1986 г. «О конфиденциальности электронных данных» запрещает подслушивание личных данных других лиц без предварительного согласия одной из сторон и без разрешения суда. Запрещается исполь-

зование или разглашение любой информации, полученной в результате незаконного прослушивания или электронного наблюдения.

Закон «О компьютерном мошенничестве и насилии» направлен на предотвращение и наказание за хакерскую деятельность, которую он определяет как «несанкционированный доступ» к защищенным компьютерам. Кроме того, Закон запрещает физическим или юридическим лицам покидать «разрешенное» место.

Наконец, судебная практика и судебные решения в разное время играли важную роль в регулировании правовых отношений в области защиты персональных данных в Соединенных Штатах.

Следует отметить, что до 1970-х гг. решения судов в США не обеспечивали необходимой защиты частной жизни. По делу *Whalen v. Roe* в 1977 г. Верховный Суд единогласно постановил, что регистрация конкретной централизованной базы данных в штате Нью-Йорк, содержащей имена и адреса лиц, прописывающих определенные лекарства, не нарушает права на неприкосновенность частной жизни. Верховный Суд постановил, что различные типы защищенных интересов конфиденциальности включают «предотвращение разглашения личных документов». Верховный Суд также отметил, что в различных ситуациях интересы государства имеют приоритет перед интересами личности⁸.

До конца XX в. информация о неприкосновенности частной жизни не обеспечивалась необходимой правовой защитой в судах США. Таким образом, Верховный Суд по делу *Whalen v. Roe* признал, что закон штата Нью-Йорк, согласно которому врачи и фармацевты должны сообщать государству о всех назначениях определенных лекарств и хранить их в полных базах данных, не нарушает права на неприкосновенность частной жизни, несмотря на протесты некоторых пациентов и врачей.

Некоторые эксперты даже называют решение Верховного Суда США вторжением в личную жизнь. Однако было много сторонников этого решения. Дело в том, что Верховный Суд поставил интересы государства выше интересов частной жизни людей при мониторинге информации о контроле над наркотиками. В то время в американском обществе существовало мнение, что хотя некоторые суды признают неприкосновенность личных данных, суды должны сбалансировать свои решения и, в любом случае, принимать их независимо, принимая во внимание общественные интересы⁴.

В своем решении от 18 июня 1981 г. по делу США против «Вестингауза» (*US vs. Westinghouse*), Апелляционный Суд девятого округа разработал «тест баланса», который будет использоваться сторонами при принятии решения о конфликте интересов. При поиске такой информации необходимо учитывать следующие факторы: вред, который может быть нанесен пострадавшему лицу, а также меры по защите информации от любого раскрытия и вопросы, представляющие общественный интерес⁹.

В решении Верховного Суда 1967 г. Кац против США (*Katz vs. US*) подчеркивалось, что четвертая поправка к Конституции США запрещает прослушивание телефонных разговоров без официального ордера, при этом Верховный Суд постановил критерий «разумного ожидания конфиденциальности»³. Решение по делу Кац против Соединенных Штатов продемонстрировало значительные изменения в законодательстве США, поскольку Верховный Суд пересмотрел свою позицию в предыдущем решении по национальному делу 1928 г. Олмстед против Соединенных Штатов (*Olmstead v. United States*). Однако в решении указывалось, что четвертая и пятая поправки к Конституции США не имеют отношения к прослушиванию телефонных разговоров.

Эти суждения имеют ограниченную сферу действия и не оказывают существенного влияния на частный сектор, где возникает много вопросов о защите персональных данных.

Результаты исследования. Таким образом, развитие права на неприкосновенность частной жизни в Соединенных Штатах развивалось от признания доктринальных и судебных прецедентов до формирования и совершенствования системы конкретных правовых актов, которые всесторонне регулируют право на неприкосновенность частной жизни в различных областях человеческой деятельности. На ранних этапах формирования доктрины права на неприкосновенность частной жизни решения британских судов оказали серьезное влияние на этот процесс.

Важная роль в формировании права на неприкосновенность частной жизни в США также принадлежит континентальному праву (прежде всего французскому). Необходимо оценить и доктринальное влияние американского права на правовые концепции ЕС, поскольку Соединенные Штаты уже имели устоявшуюся судебную практику по этому вопросу, когда появилась Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод и первоначальные документы о защите личных данных.

В современном праве США право на частную жизнь определяется как «право быть оставленным в покое». Эта концепция охватывает ряд различных прав, которые защищают лица от вмешательства в личные отношения или деятельность, а также право каждого принимать независимые решения относительно своего жизненного выбора. Это право не является абсолютным. Право на частную жизнь может не защищать от некоторых социально опасных действий, таких как незаконное употребление наркотиков.

¹ Blanke M.J. “Safe Harbor” and The European Union’s Directive on Data Protection. *Safe Harbor Albany Law Journal*. 2016. Vol. 11. № 4: 43. P. 101–134. P. 110.

² Brennan M.W. Complying with the CAN-SPAM Act. *Lexis Practice Advisor Journal*. 2016.

³ Carmen R. Criminal Procedure: Law and Practice. Belmont: Cengage Learning, 2007. 640 p. P. 324–325.

⁴ Chlapowski F.S. The Constitutional Protection of Information Privacy. *Boston University Law Review*, 1991. № 71. P. 133–160. P. 147.

⁵ Hodges, S. Examining the Gramm-Leach-Bliley Act’s opt-out method for protecting consumer data privacy rights on the Internet. *Information and communications technology law*. Oxford, 2013. Vol. 22. № 1. P. 60–85. P. 85.

⁶ Sotto L.J., Simpson A.P. United States. *Data Protection & Privacy in 26 Jurisdictions Worldwide*. 2014. 204 p. P. 191.

⁷ Terry, N. Existential Challenges for Health Care Data Protection in the United States // *Third Ethics, Medicine, and Public Health*. 2017. № 19–27. P. 21.

⁸ URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/429/589.html>

⁹ URL: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/occupational-health/united-states-v-westinghouse/>

Резюме

Поладов А. Правила захисту персональних даних у правовій системі США.

Мета: визначити загальну характеристику захисту персональних даних: аналіз законодавства й прецедентного права.

Методи: аналіз і вивчення нормативно-правових документів, що містять у собі положення про захист персональних даних.

Результати: визначено нормативну і практичну корисність закріплення положення про захист персональних даних у різних правових актах. Право на недоторканність приватного життя зміцнило свої позиції в Сполучених Штатах Америки наприкінці XIX в. і в цей час визнається більшістю штатів. Хоча право на недоторканність приватного життя в Сполучених Штатах Америки споконвічно було британською політичною спадщиною, судові рішення в Англії були більш консервативного й обережними, ніж рішення американських суддів. Однією з важливих особливостей цього права в англосаксонській правовій системі є те, що воно раніше було сформовано судовими прецедентами й правовою доктриною. Слід зазначити, що право на недоторканність приватного життя не входило до числа суб'єктивних прав, передбачених у Біллі про права. У цілому в Сполучених Штатах існує галузевий підхід до конфіденційності даних. Не існує спеціального федерального закону, що гарантував би конфіденційність і захист персональних даних. Замість цього законодавство на федеральному рівні захищає передусім дані в певних секторах. Судова практика й судові рішення, прийняті в різний час, відіграють важливу роль у регулюванні правовий відносин в області захисту персональних даних у США. Слід зазначити, що до 1970-х рр. рішення судів США не забезпечували необхідного захисту приватного життя.

Обговорення: пропозиція всебічного й детального вивчення й використання цієї практики в інших державах.

Ключові слова: США, персональні дані, особисте життя, право на недоторканність приватного життя, прецедентне право, федеральне законодавство, секторальні закони, Федеральна торговельна комісія, свобода інформації.

Резюме

Поладов А. Правила защиты персональных данных в правовой системе США.

Цель: определить общую характеристику защиты персональных данных: анализ законодательства и прецедентного права.

Методы: анализ и изучение нормативно-правовых документов, содержащих в себе положения о защите персональных данных.

Результаты: определена нормативная и практическая полезность закрепления положения о защите персональных данных в различных правовых актах. Право на неприкосновенность частной жизни укрепило свои позиции в Соединенных Штатах Америки в конце XIX в. и в настоящее время признается большинством штатов. Хотя право на неприкосновенность частной жизни в Соединенных Штатах Америки изначально было британским политическим наследием, судебные решения в Англии были более консервативными и осторожными, чем решения американских судей. Одной из важных особенностей этого права в англосаксонской правовой системе является то, что оно ранее было сформировано судебными прецедентами и правовой доктриной. Следует отметить, что право на неприкосновенность частной жизни не входило в число субъективных прав, предусмотренных в Билле о правах. В целом в Соединенных Штатах существует отраслевой подход к конфиденциальности данных. Не существует специального федерального закона, который гарантировал бы конфиденциальность и защиту персональных данных. Вместо этого законодательство на федеральном уровне в первую очередь защищает данные в определенных секторах. Судебная практика и судебные решения, принятые в разное время, играют важную роль в регулировании правовых отношений в области защиты персональных данных в США. Следует отметить, что до 1970-х гг. решения судов США не обеспечивали необходимой защиты частной жизни.

Обсуждение: предложение всестороннего и детального изучения и использования этой практики в других государствах.

Ключевые слова: США, персональные данные, личная жизнь, право на неприкосновенность частной жизни, прецедентное право, федеральное законодательство, секторальные законы, Федеральная торговая комиссия, свобода информации.

Summary

Araz Poladov. Data protection rules in the united states legal system.

Purpose of research: define the general characteristics of the protection of personal data; analysis of legislation and case law.

Methods of research: analysis and study of regulatory documents containing provisions on protection of personal data.

Results: normative and practical importance of personal data protection provisions in various legal acts has been underscored. The right to privacy strengthened its position in the United States in the late 19th century and is now recognized by most States. Although the right to privacy in the United States was originally a British political legacy, judicial decisions in England were more conservative and cautious than those of U.S. courts. One of the important features of this law in the Anglo-Saxon legal system is that it was previously formed by judicial precedents and legal doctrine. Also, the right to privacy was not among the rights provided for in the Bill of Rights. In general, there is an industry-wide approach to data privacy in the United States. There is no specific federal law that would guarantee the confidentiality and protection of personal data. Instead, legislation at the federal level is dispersed and aims to protect data in certain sectors. Judicial practice and court decisions taken at different times play an important role in regulating personal data protection in the United States. It is also worth mentioning that until the 1970s, decisions of the U.S. courts did not provide the necessary privacy protection safeguards.

Discussion: offering a comprehensive and detailed study and use of this practice in other states.

Key words: United States, personal data, privacy, right to privacy, case law, federal legislation, sectoral laws, Federal Trade Commission, freedom of information.

М. РАМАЗАНЗАДЕ

*Малик Рамазанзаде, докторант Бакинского государственного университета**

**ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВЗГЛЯДЫ НА ФОРМИРОВАНИЕ
МЕЖДУНАРОДНОГО ИНВЕСТИЦИОННОГО ПРАВА**

Постановка проблемы и ее актуальность. Благодаря особому месту в системе международного экономического сотрудничества международные инвестиционные взаимоотношения являются независимым объектом правового регулирования. Объем иностранных инвестиций, сам по себе, сопоставим или превосходит долю экспорта товаров и услуг. Таким образом, деятельность в области иностранных инвестиций, влекущая за собой производство материальных и нематериальных благ на национальных и международных рынках, представляется одним из основных типов экономических взаимоотношений. Инвестиции являются одним из главных факторов, влияющих на производство и, соответственно, представляют собой отдельный предмет правового регулирования. Иными словами, общественные отношения, связанные с инвестициями, – основа сегодняшней рыночной экономики.

Целью статьи является исследование различных теоретических взглядов и подходов к формированию международного инвестиционного права.

Анализ исследований и публикаций. Данные вопросы были предметом исследования в работах М. Сорнараджа^{5,6}, Г. Шварценбергера⁴, Т. Газзини³, Б.М. Шумилова², Г.К. Дмитриева¹ и др.

Изложение основного материала. Между 1950 и 1990 гг. мировая экономика стабильно развивалась и переживала период экономического роста. Как следствие этого роста возникла необходимость в новых инвестиционных инструментах и инвестиционных продуктах. Хедж-фонд Альфреда В. Джонса в 1950-х и 1960-х гг., современная портфельная теория Гарри Марковица в 1950-х гг. и теория хаоса Эдварда Лоуренса в 1960-х гг. были широко распространены⁷.

Глобальная эра в истории международного инвестиционного права восходит к 1990-м гг. Этот период отражает многие изменения в области инвестиций, следствием которых явилось заключение множества двусторонних инвестиционных соглашений. Одним из наиболее важных изменений этого периода стало завершение переговоров в рамках Уругвайского раунда ГАТТ в 1994 г., в результате которого была учреждена Всемирная Торговая Организация (ВТО), выступающая в качестве глобального регулятора международных торговых отношений. Образование ВТО явилось новым этапом в процессе глобализации. Стоит также отметить, что включение регулирования отношений в области иностранных инвестиций привело к распространению юрисдикции ВТО на иностранные инвестиции. Причиной этого стало вступление в силу в 1995 г. Генерального соглашения о торговле услугами (General Agreement on Trade in Services – GATS), основной целью которого было устранение барьеров для трансграничной торговли услугами. Задача GATS состояла в обеспечении торговли в сфере услуг посредством корпоративных инвесторов, которые привлекают прямые иностранные инвестиции.

Таким образом, ВТО обладает потенциальной юрисдикцией в отношении всех иностранных инвестиций в сфере услуг, что приводит к увеличению объема иностранных инвестиций до 6,11 трлн долларов США в конце 2005 г. по сравнению с производственным сектором, который включает прямые иностранные инвестиции в сфере услуг. В течение 2005 г. объем прямых иностранных инвестиций составил 2,98 трлн⁶. В конце XX в. мы стали свидетелями передачи экономической мощи из развитых стран в развивающиеся страны, богатые природными ресурсами. Ярким примером этого является нефтяной кризис 1970-х гг., когда ОПЕК фактически ввела эмбарго, которое нанесло большой экономический ущерб западным странам. Также были случаи конфискации иностранных нефтяных компаний в арабских странах и Латинской Америке.

Такие тенденции привели к потребности в судебных разбирательствах с нейтральными инвесторами для снижения общей обеспокоенности. Это ознаменовало начало разработки международных соглашений, специально предназначенных для защиты иностранных инвестиций, в частности, права на справедливую компенсацию за экспроприацию. Однако важно отметить, что существующие механизмы разрешения споров фактически появились в 2000-е гг. Рост идеологии свободной рыночной экономики также способствовал развитию международного инвестиционного права. Особенно это проявилось после распада СССР. Многие страны начали вести политику по либерализации рынка. Открытие границ и устранение торговых барьеров увеличили приток иностранных инвестиций и капитала. Такой способ считается оптимальным способом вывести экономику из рецессии и реализуются многими странами до сих пор. Гонконг и Сингапур являются яркими примерами стран, которые больше всего выигрывают от прямых иностранных инвестиций. В 2017 г. 65 стран и экономик приняли не менее 126 мер инвестиционной политики, 84 % из которых считаются благоприятными для инвесторов.

© М. Рамазанзаде, 2020

* *Malik Ramazan-zade, Ph.D. Candidate of Baku State University*

Всемирный банк, Международный валютный фонд и Всемирная торговая организация также начали призывать своих членов быть открытыми для прямых иностранных инвестиций. Сегодня во многих странах мира существуют фондовые биржи, которые позволяют гражданам легко инвестировать свои деньги. Международные брокеры создают возможность легко инвестировать во всем мире. Взлет и падение ценных бумаг с ипотечным покрытием, завершившееся финансовым кризисом 2007–2008 гг., также является важным событием в мировую эпоху. Современные инвесторы могут вкладывать средства в товары и фьючерсы на товарных биржах. Другие инвестируют в иностранную валюту через валютные рынки. Некоторые вкладываются в недвижимость и т.д.

Сегодня инвестировать проще и доступнее, чем раньше. Интернет упрощает ведение бизнеса онлайн-брокерам, предлагая более низкие комиссионные и торговые сборы, чем традиционные банки и брокеры. История инвестиций стара, как сама человеческая цивилизация. Говоря о международных актах об инвестициях, следует, прежде всего, отметить, что не существует единого международного акта, регулирующего все вопросы, связанные с инвестициями и инвестиционной деятельностью. При этом отсутствует четкая структура и иерархия нормативных актов, регулирующих инвестиции.

В академической литературе ранее делались попытки аргументировать специализированное регулирование иностранных инвестиций. Первая основательная работа по вопросам международно-правового регулирования иностранных инвестиций принадлежит известному британскому ученому Джорджу Шварценбергеру, опубликовавшему в Лондоне в 1969 г. монографию «Иностранные инвестиции и международное право»⁴. Тем не менее, в силу недостаточной проработки вопроса, а также незначительного числа нормативных документов, основатель школы международно-правового регулирования иностранных инвестиций не сумел целиком аргументировать необходимость в международно-правовом регулировании иностранных инвестиций.

Иные подобные исследования, целиком посвященные различным аспектам международно-правового регулирования иностранных инвестиций, были проведены в 1994 г. в Кембридже. Автором их был ученый М. Сорнараджа из Государственного Института Сингапура⁵. Следует отметить, что дословный перевод работы автора называется «Международное право иностранных инвестиций». Однако, как известно, формальный перевод того или иного понятия с иностранного языка может не соответствовать его логической сути. Здесь следует также отметить, что содержание, структура и идея данной работы в целом направлены на обоснование международного инвестиционного права.

В научной среде данная монография считается первой инициативой, направленной на комплексный подход к обсуждению сложных вопросов международно-правового регулирования инвестиционных отношений. Идея выделения международного инвестиционного права в качестве отдельной специализированной отрасли была поддержана другими учеными. Говоря об этом, следует также учесть тот факт, что количество норм и институтов, непосредственно регулирующих иностранные инвестиции, довольно велико и продолжает расти. Г.К. Дмитриева считает, что международное инвестиционное право является отдельной подотраслью международного экономического права, которая быстро развивается в свете влияния иностранных инвестиций на развитие экономики государств¹. Сторонником этой же идеи является известный ученый В.М. Шумилов. По мнению автора, международное инвестиционное право, международное финансовое право, право международной торговли являются подотраслями международного экономического права². Основываясь на современных достижениях теории и практики международного права, этот вопрос несколько иначе исследовался некоторыми авторами, например Г.М. Вельяминовым. По словам автора, международное инвестиционное право включено в раздел международного экономического права «Международное право собственности». Следует отметить, что такое понятие было впервые включено в исследуемую область в данном контексте.

Отношения с иностранными инвестициями, в свою очередь, носят частноправовой характер, но в то же время требуют государственно регулирования. Кстати, этот вопрос является одной из основных целей наших научных исследований. Иными словами, на первый взгляд, существует многоплановый комплекс отношений, участники которого различаются по своему правовому статусу.

Пока что в юриспруденции нет консенсуса относительно роли международного инвестиционного права в международно-правовой системе. Согласно подходу, представленному в большинстве юридической литературы постсоветских стран, инвестиционное законодательство представляет собой комплексную область законодательства, включающую нормы различных отраслей, в силу чего инвестиционное право не имеет самостоятельного предмета и метода правового регулирования, что, в свою очередь, означает, что оно не может быть самостоятельной отраслью права.

Международное инвестиционное право, в широком смысле, представляет собой комплексную отрасль как в общей, так и в частной международно-правовой системе, которая сосуществует с основными отраслями права и занимает особое место в правовой системе³. Говоря о влиянии международного инвестиционного права на национальное, следует отметить, что предоставление гарантий иностранным инвестициям в странах с переходной экономикой и развивающихся странах было немедленно инициировано в качестве меры правового регулирования иностранных инвестиций.

Таким образом, в странах с развитой рыночной экономикой правовое регулирование инвестиционных отношений посредством применения нормативных актов, непосредственно связанных с регулированием всех товарно-денежных отношений, не привело к отделению законодательства об инвестициях от системы правового регулирования экономических отношений. Однако это не означает, что экономически развитые страны не имеют инвестиционных отношений и правовых норм, регулирующих эти отношения. Только там они регулируются общим, прежде всего гражданским законодательством.

Рост роли межгосударственного инвестиционного сотрудничества обусловлен его социальной значимостью и объективной необходимостью укрепления экономической интеграции на всех уровнях.

Особая социально-экономическая и социальная значимость инвестиционных отношений и понимание общественностью их особого национального значения являются вторым условием признания системы правовых норм в качестве области международного инвестиционного права. Фундаментальное значение инвестиций и инвестиционного процесса для общества быстро растет в связи с развитием рыночной экономики. В развитых странах формирование и развитие рынка и рыночной экономики проходили естественным путем, а затем стали сознательно регулироваться правовыми механизмами.

Правовая гарантия инвестиций в странах Европы и США изначально базировалась на общих принципах регулирования бизнеса. В результате практика правового регулирования режима иностранных инвестиций стала расширяться. Поэтому на Западе не было объективной необходимости заранее устанавливать специальное инвестиционное законодательство для регулирования международных инвестиционных отношений.

В этом случае возникает естественный вопрос: следует ли считать международно-правовые или национально-правовые методы регулирования иностранных капиталовложений первичными? Как известно, национально-правовые нормы привели к формированию норм международного права во многих сферах экономической деятельности. Из конкретных исторических примеров становится ясно, что в ходе законодательной деятельности в разных государствах возникали некие правовые нормы в одних и тех же сферах предпринимательской деятельности. На этой основе возникли сначала обычаи, а затем и договорные нормы международного права.

Работа в области других видов инвестиционного права развивается в ином направлении – формирование норм международного права происходит до создания национальных правовых норм, по крайней мере, когда речь идет об устранении препятствий для свободного перемещения капитала. Этот процесс можно объяснить следующим образом: ни одно государство в одностороннем порядке не демонстрирует волю к устранению межгосударственных барьеров в этой области. Другими словами, два или более государств добровольно договариваются о свободном перемещении капитала, выражая свою волю друг другу, то есть механизм международного права немедленно вступает в силу.

Формирование и развитие правового режима иностранных инвестиций прошло большой путь. Появление международного инвестиционного права основано на оттоке национального капитала, который сам по себе носит объективный экономический характер. По своей природе любой капитал ищет новые территории, новые места, чтобы получить больше прибыли после укрепления своих позиций.

Иностранные инвестиции являются одним из ключевых элементов социально-экономического развития любой страны, поскольку от правильной инвестиционной политики зависит значительное увеличение производственного и экономического потенциала, увеличение объемов и качества производства материальных и нематериальных благ, а также развитие всей инфраструктуры.

Результаты исследования. Наличие особого способа правового регулирования инвестиционных отношений, сложившегося в соответствии с публичным и частноправовым регулированием иностранных инвестиций, представляет собой научно-теоретическую базу, позволяющую обосновать отделение независимого международного инвестиционного права из системы международного экономического права.

Кроме того, необходимо также отметить, что международное инвестиционное право действует как совокупность законодательно установленных правовых норм и правил в форме межгосударственных соглашений, которые регулируют весь комплекс общественных отношений между государствами и другими субъектами международного права. Для нас принципиально важен и научно-концептуальный подход, заключающийся в том, что формирование международно-правовых и национально-правовых механизмов регулирования иностранных инвестиций уже произошло и что развитие этих процессов происходило одновременно и в неразрывной связи и взаимодействии друг с другом.

¹ Бекяшев К.А. Международное публичное право. Москва: БЕК, 1996. 570 с. С. 396–399.

² Шумилов В.М. Международное экономическое право. Москва: НИМПИ, 2001. 288 с. С. 224–259.

³ Gazzini T. Eric De Brabandere. International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. 337 p. P. 321–323.

⁴ Schwarzenberger G. Foreign Investment and International Law. London: Stevens and Sons Publishing, 1969. 237 p.

⁵ Sornarajah M. The International law on Foreign investment. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. 430 p.

⁶ Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. Third edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 494 p. P. 57.

⁷ URL: <https://bebusinessed.com/history/history-of-investing/>

Резюме

Рамазанзаде М. Теоретичні погляди на формування міжнародного інвестиційного права.

Мета: дослідження різних теоретичних поглядів і підходів до формування міжнародного інвестиційного права.

Методи: аналіз і вивчення досліджень про формування й становлення міжнародного інвестиційного права.

Результати: формування й розвиток національних і міжнародних правових методів регулювання іноземних інвестицій привело до формування міжнародного інвестиційного права як підгалузі міжнародного економічного права. Однак відсутність загальнозастосовних джерел міжнародного права в області правового регулювання іноземних інвестицій впливає на розвиток досліджуваних відносин. Завдяки своєму особливому становищу в системі міжнародного економічного співробітництва міжнародні інвестиційні відносини є самостійним об'єктом правового регулювання. Розширення й постійне зростання міжнарод-

них інвестиційних відносин, а також постійно зростаючий обсяг та інтенсивність міжнародних інвестицій, відіграють важливу роль у глобалізації світової економіки й розвитку як окремих держав, так і світового співтовариства в цілому. Крім того, у міжнародному інвестиційному праві склалися свої особливі методи.

Обговорення: пропозиція всебічного й детального вивчення і дослідження відносин в області іноземних інвестицій у різних науково-дослідних установах.

Ключові слова: міжнародне інвестиційне право, багатосторонні інвестиційні угоди, теоретичні погляди, правовий режим, іноземні інвестиції, ВТО, глобальна економіка, міжнародне економічне право.

Резюме

Рамазанзаде М. Теоретические взгляды на формирование международного инвестиционного права.

Цель: исследование различных теоретических взглядов и подходов к формированию международного инвестиционного права.

Методы: анализ и изучение исследований о формировании и становлении международного инвестиционного права.

Результаты: формирование и развитие национальных и международных правовых методов регулирования иностранных инвестиций привело к формированию международного инвестиционного права как подотрасли международного экономического права. Однако отсутствие общеприменимых источников международного права в области правового регулирования иностранных инвестиций оказывает негативное влияние на развитие исследуемых отношений. Благодаря своему особому положению в системе международного экономического сотрудничества международные инвестиционные отношения являются самостоятельным объектом правового регулирования. Расширение и постоянный рост международных инвестиционных отношений, а также постоянно растущий объем и интенсивность международных инвестиций, играют важную роль в глобализации мировой экономики и развитии как отдельных государств, так и мирового сообщества в целом. Кроме того, в международном инвестиционном праве сложились свои особые методы.

Обсуждение: предложение всестороннего и детального изучения и исследования отношений в области иностранных инвестиций в различных научно-исследовательских учреждениях.

Ключевые слова: международное инвестиционное право, многосторонние инвестиционные соглашения, теоретические взгляды, правовой режим, иностранные инвестиции, ВТО, глобальная экономика, международное экономическое право.

Summary

Malik Ramazanade. Theoretical views on formation of international investment law.

Goal: research of various theoretical views and approaches to the formation of international investment law.

Methods of research: analysis and study of research papers and literature containing views and discussion on the formation of international investment law.

Results: It is the formation and development of special methods of international legal and national legal regulation of foreign investments that led to the formation of independent international investment law as a branch of international economic law. The absence of generally applicable sources of international law in the field of legal regulation of foreign investment negatively impacts development of the studied relations. Due to their special position in the system of international economic cooperation, international investment relations are an independent subject of legal regulation. The expansion and deepening of international investment relations, the existence of ever-growing international investment flows play a leading role in the globalization of the world economy which is the most important factor in the modern social development of individual countries and the world community as a whole. Methods of legal regulation of foreign investment have their own specifics.

Discussion: offering a comprehensive and detailed study and research of the matter in various research institutions.

Key words: international investment law, multilateral investment agreements, theoretical views, legal regime, foreign investment, WTO, global economy, international economic law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.96

JAKUB STELINA

*Jakub Stelina, Professor, Head of the Labour Law Chair, University of Gdańsk (Poland)**

ECONOMISATION OF SOCIAL POLICY

The subject of this study is the so-called economisation of social policy understood, however, not as rationalisation of activities of state agencies in support of specific social objectives, but as perception of social problems solely from an accounting perspective, that of a profit and loss account. While such a view may sometimes be justified considering the situation of public finance, it can, nevertheless, lead towards weakening of the state's protective function, and thus towards destabilisation of the social system. For that very reason it is necessary to find a "golden mean" whereby the two values, conflicting with each other at least to a certain degree, could be reconciled. Presented below are two representative examples of the phenomenon, as inherent in the practice of Poland's social policy of recent years.

1. In the most general terms, social policy can be defined as a set of activities of the State aimed at attaining specific social objectives including, in the first place, societal challenges which must not be left unattended for various, mostly axiological reasons. In this sense, social policy underlies, to a considerable extent, the system of social order protection, although, over a span of centuries, it took various forms and its efficiency varied. In the latter half of the 20th century, in many countries of what is termed as the Western world, a considerable progress was noted in the field of solving major social issues. This stirred premature hopes that the role of social policy, in its current shape, would decrease. Soon it turned out, however, that old problems had not been sufficiently addressed, new threats having been added to them. These include, for instance, the so-called demographic issue and the related, permanently rising problem of inadequate funding of *the old-age benefits* segment of the *social security system*, *growth of social groups threatened with social exclusion*, *declining educational standards* and, *more recently*, a large-scale influx of economic migrants from various parts of the world to Europe and the difficulties to assimilate them into the existing societies. Currently, social policy has also become a subject dealt with by supranational organisations, the European Union first of all. Originally, the European Economic Community was market-oriented. The governments of the six founding members of the EEC believed that relieving enterprises from restrictions arising from political divisions and granting equal rights to them would bring about, as a result, a stable economic growth translating itself into social development¹. Actually, with time it became obvious that national policies must be also stimulated in the social domain, initially in the areas related to economic integration (e.g. as regards coordination of social security systems is concerned), then also in matters of dignity (like equal treatment), up to the attempts to create a new European social order.

2. The following study aims at drawing attention to main problems of social policy in Poland in the beginning of the 21st century, i.e. within the period of about 20 years following the dramatic transformation of our country's socio-economic and political system. It seems possible to venture a guess that as far as the defining of a model of Poland's social policy is concerned, we are still at the stage of looking for target solutions that would respond, in a satisfactory way, both to the challenges of modern world and the civilisational aspirations of the nation. Given that Poland is, to a certain degree, a country representative for the region of Central Europe, it is worthwhile to make a few observations regarding one of main problems characterising modern Polish social policy. The issue in question is the problem of so-called economisation of social policy, as indicated in the title of this paper.

3. The economisation of social policy can be understood, in crude terms, as perceiving social problems through the lens of economic mechanisms. Taking into account economic rules in each kind of human activity must, in itself, be viewed as desirable – the economic approach is, after all, a synonym of a reasonable and prudent attitude, one built on awareness of the resources being at the disposal of those who undertake the activity. The actual problem arises when, talking about the economisation, reference is made to the approach recognising the market mechanism as a sole instrument of satisfying the demand for social goods. One of the prominent adherents of the idea was Friedrich August von Hayek, according to whom viewed as the supreme social good should be freedom of the individual. This is why he preached the concept of commutative justice, based on distribution of goods founded on value

© Якуб Стеліна, 2020

* *Jakub Stelina, Professor of the University of Gdansk*

(understood as the price gained as a result of a free market game), and not on merit (which refers to axiological criteria)². The precedence of market rules makes it necessary to negate justice in wealth distribution not based on market allocation; the same concept is applied to the resolution of social problems.³

Yet viewed that way, economisation triggers a number of risks. First and foremost, the hazard of dehumanisation of the actions and methods applied in social policy has to be named. The final beneficiary of social policy is always a human being, seen in the individual's entire social and biological context. Satisfying elementary needs of any person must not be made conditional on his or her merits, social standing, or even amount of the person's resourcefulness, hence social problems must not be viewed only from the angle of economic calculus. Looking on issues of social policy from a purely economic (not to say accounting) perspective poses a threat of only apparent, and not genuine resolution of the problems. On the other hand, accumulation of non-resolved social issues may result in destabilisation of the social and, consequently, political system. The correlation in question can, in fact, be supported by numerous examples, ones from the 19th and 20th century in particular. It was, inter alia, thanks to reasonable social policy that congenial conditions for economic development and rather high living standard could be secured to the population of many a European country. And vice versa, lack of such a policy often resulted in disasters (such as social revolutions). No wonder that in socioeconomy also trends less radical than the neoliberal concepts of F.A. von Hayek may be encountered. For example, the followers of the social agreement theory point out to the need of striking a consensus in the process of distribution of goods. The theory explains, first of all, the decision-making mechanisms and ways whereby state affairs are arranged, but also makes explicit references to the social sphere. Under the theory it is being assumed that the precondition for a stable development of a country and its peaceful existence is reaching a consensus in the field of wealth distribution and that an inherent feature of democracy lies in negotiating political decisions.⁴ The unreliability of market mechanisms, when applied in the area of public sector, is also stressed by the theory of public goods. Market does operate successfully where certain conditions are fulfilled, enabling producers and consumers to make decisions that suit their individual preferences (the case usually taking place where it is private goods that are exchanged). When it comes to so-called public goods, other mechanisms of their allocation come into play, although complemented, on some occasions, by market mechanisms (an example being publicly funded private surgeries and clinics)⁵.

The above outlined dilemma to what extent market mechanisms should be considered in modern social policy is resolved differently in various states, depending on their socio-economic systems. Neo-liberal views on the subject are obviously different from those presented by the ideology of what is termed the social state (like the concept of welfare state), and between the two extremities there is a wide array of intermediate systems. It is quite obvious, though, that market factors may not be completely neglected in the process of resolution of social issues, as they rationalise the spending of public funds. Hence the question should not read "whether" but "to what degree" social aid is expected to bear market traits?

4. It has already been mentioned above what kind of negative consequences the economisation of social policy may entail if pursued in its extreme shape. At this point I should like to draw attention to another threat that may appear, one faced by us in Poland recently, in the years 2007-2015 in particular.

The period in question was a period of the economic crisis started in the USA in autumn 2008. The crisis affected many countries and regions of the world and has oftentimes be referred to as a global one. Although its direct reasons were closely related to the operation of financial institutions (mostly banks), its most painful effects became apparent in the social sphere. The reduction of demand for goods and service resulted in a fall of business turnover which further translated into mass redundancies and a rise of unemployment. In a majority of states struck by the crisis various activities were undertaken, aimed at protecting employees against negative consequences of the crisis. Among the put forth efforts an important place was taken by those supposed not only to (directly) protect labour market but also to support the people made redundant. The fact meant, inter alia, new burdens placed on the social aid system, the current level of funding of relevant schemes being – in most cases-retained.

In that situation undertaking austerity measures was only too natural; the financial stability of the states had to be preserved. The twofold way of dealing with the issue consisted either in purely mechanical reduction of the state's tasks or in lowering the standard of public services. Social costs of the measures were high, it is true, but avoiding to take actions would probably have led to much greater cost escalation. The problem was, however, that at least in part of the cases decisions were made to directly apply the most radical methods, without even trying to look for solutions milder from the social point of view (the situation resembling, to a certain extent, that of a patient being operated on without any previous diagnose or earlier attempts to apply a non-invasive treatment having been taken). At the same time, with the use of the apparatus of mass media and propaganda, biased in favour of the government, the society was being persuaded that the measures taken were not only indispensable, but simply the only ones that suited the situation. Certainly enough, the matter should be discussed more broadly here, the limitations of space not allowing to do it in the presented study. I will thus limit myself to indicating, as an example, two most striking manifestations of such an "accounting" approach to the social problems that emerged in Poland over a couple of last years.

5. Problem one is the issue of the retirement age. In 2012, despite pre-electoral announcements, the government launched a reform of the pension system consisting in gradual increase of the retirement age, which under the existing law was 60 years for women and 65 for men. As a result of the reform, a uniform retirement age of 67 years of age was fixed for both women and men, a transitional period having been determined to allow earlier retirement (with the age being raised by 1 month in each of the consecutive quarters). The reform met with a widespread social resistance, 2 million of signatures having been collected under a petition to hold a national referendum on the issue. The petition was rejected, though, and the reform was implemented.

The case seems to be a good example whereby the phenomenon of economisation of social laws, understood as handling a specific social problem from the accounting point of view, can be illustrated. There is no doubt that

under conditions of a growing deficit of the old age pension funding system some sort of remedial actions had to be undertaken. Perhaps even the raising of the retirement age (if only due to demographic changes resulting in extension of life expectancy and low birth rates) could have been contemplated among the remedies applied. It is doubtful, however, whether the dramatic and socially painful measure should have been carried out without earlier analysis of the situation and consideration if other solutions would not have proven sufficient. After all, it is clear that the condition of public finance (including social security system) is influenced by numerous factors. One of them is the ever decreasing number of those paying social security contributions (also due to the existence of what is termed as “black economy”, or the informal sector). Unfortunately, the government did not attempt to close loopholes in the collection of social security contributions (and other public levies), nor did it even try to undertake any analyses of the problem, although an improvement in the collection alone could have resulted in postponing the reform of the pensions system (if not in making it unnecessary). A purely mechanical move – the raise of the retirement age – may thus be perceived as a means to balance the social security financial system, but also as a proof of certain feebleness or ill will on the part of the ruling circles. Rather than make efforts to find an efficient and less painful solution, a decision to implement the toughest available measure was adopted. The “accounting” approach to the problem resulted in the issue of old age security having been completely lost of sight. The working life of part of the people was extended, while a considerable other part of the population was simply condemned to two more years of wretched existence on social aid funds.

6. Example two concerns the so-called “labour law evasion”. The phenomenon consists in concluding civil law contracts in place of contracts of employment where the latter are required by law. Persons with whom such contracts are concluded do not have the status of employees and are thus not subject to provisions of labour law. Consequently, they do not enjoy the social protection extended on employees. As a result, hiring people under civil law contracts is cheaper to those hiring than regular employment (under contracts of employment). Journalists have dubbed the hiring under civil law contracts “junk job” (and the expression has become customary in the colloquial language as well).

As the term of a “junk contract” is not a legal one, there does not exist any precise catalogue of such agreements. Actually, determining which contracts are the “junk” ones depends on the adopted conventionality. Counted among them are most often civil law contracts for work, i.e. contracts of mandate, contracts of services and contracts for a specified task or work (unless the terms and conditions stipulated by them are more advantageous than those secured under contracts of employment). In broader terms, referred to as “junk contracts” happen to be also temporary contracts of employment (concluded through a temporary work agency) or even contracts of employment for a definite period.

What does the “junk job” phenomenon actually consist in? Under the law in force there exist various legal schemes under which a job can be done. Besides work performed under employment relationship, based on various types of contract of employment, it is possible to apply other forms of hiring people, not provided for by labour law. Among the latter, of crucial importance for business practice are civil law relationships established using the above mentioned contracts of mandate, of services and contracts for a specified task or work. Both in the civil law and the labour law the general principle of freedom of contract applies, under which principle the parties to a contract are free to choose the type of the concluded contract and the legal relationship established thereby, although the rule does not proclaim absolute freedom in shaping the content of the relationship in question. Civil and labour law relationships have to correspond to a certain legal model determined by the existing legal order. Legal classification of each contract under which a job is done and the relationship established by the contract is based on the model standards. When creating a legal relationship the parties may form it at their own discretion, but are not allowed to give it other legal qualification than that following from the rules of law that provide for the type of the legal relationship established by them. The principle has been explicitly stated in Poland’s labour law, which stipulates that where a job is performed under conditions showing the traits of an employment relationship the legal relationship is an employment relationship regardless of how the concluded contract has been dubbed. The fundamental legal feature of an employment relationship is the subordination of the employee to the employer, meaning that the work is done for the employer under the guidance of the latter. Subordination understood like that is alien to civil law contracts. However, the problem is that hired to do a subordinated work under civil law contracts are persons that are offered lower protection standards and expected to pay lower public levies (e.g. social security contributions). The fact that doing a job on a legal basis different from a contract of employment is a real social problem stems mostly from the fact that, as explained earlier, the costs of hiring an employee are much higher than the costs entailed by a job done under a “junk contract”. Putting aside the level of public levies involved, taken into account in that respect must be the scope of employee rights, such as the right to minimum wages, social benefits, protection against dismissal, vacation holidays, paternal rights, rights related to the growing of children etc. All that entails costs, the main burden of which is borne by employers. Willing to avoid the expenditures, employers offer “junk contracts” while treating the labour force hired under them as if the persons were employees. The situation is thus one of rather free mixing of legal regimes of hiring people – from the employment relationship the guidance and power to manage the work of employees being selected, social costs and burdens being taken from the civil law forms of doing the job. Consequently, the legal system is reduced, as it were, to the role of a supermarket where only the components suiting the employer are chosen. Yet law hardly is a supermarket. Should the cheaper forms of hiring people, those offered by civil law, be selected, the power over those hired may not be established, as it is only under the employment relationship that it does really exist.

As the above described practice is contrary to law, employers risk to face legal liability. Until quite recently the liability was purely theoretical as, in practical terms, the governmental agencies did not duly enforce the duties stemming from relevant provisions of law. The fact was a result of a conscious political decision. Under conditions

of high unemployment, the State tolerated the existence of “junk contracts”, since it was, in fact, the simplest methods of dealing with the acute social problem. Following the idea “better such a job than none at all” it was assumed that persons hired under such arrangements could at least satisfy their most basic needs. Was it, however, really a way to reduce the scope of poverty, improve the stability of the social security financial system, resolve the demographic problem, secure the future of the young people not caring for their old age pensions yet (but bound to need them in future)? Did it not just mean that solving the actual issues would be postponed till later? Definitely the role of the State should be different. It was in the public interest to limit the problems, as they entailed negative social consequences⁶. Exploitation of the working people (for such was the nature of the „junk jobs” they were challenged with) must not be a way of combating unemployment. He that cannot afford hiring an employee is not supposed to hire one, just as a driver incapable of purchasing petrol will not drive it. The “better such a job than none at all” slogan, indicated above, merely leads us down a blind alley, as it dangerously reduces the already low standards under which people are hired to work.

7. Let me summarise the presented discussion by quoting a few facts. Towards the end of 2015 the political forces ruling Poland lost power. One of the reasons for that was, definitely, the economisation of social policy pursued, in its neo-liberal shape, throughout the years 2007–2015. During the electoral campaign it was social slogans, including restoration of the retirement age, that were put forward by the opposition. The new government, in power for more than two years now, radically changed the approach to social issues. With loopholes in the system of collection of public levies having been closed, the budget revenues grew and new tasks (including pro-social ones) could be financed. The flagship governmental programme is now a system of support provided to families with children. In addition, the much criticised pension reform was abolished relatively quickly and the previous retirement age was restored as promised. Hiring people under „junk contracts” is combated with ever more effectively, a way towards elimination of the problem being new rights granted to those doing „junk jobs” (such as the right to minimum remuneration or protection of working parents). It should be also rightly observed that the government has certain good luck, as with the rising business trends unemployment could be reduced (an opposite problem being observed now, that of labour shortages alleviated by economic migrations from other countries). What is important, none of the measures mentioned above have led to an increase in the budget deficit. It is still high, yet it amounts to half of the deficit with which we had dealt with before.

¹ L. Hantrais: *Social Policy in the European Union*, Palgrave 2007, p. 1.

² A. Sylwestrzak: *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1994, p. 434.

³ S. Golinowska: *Polityka społeczna państwa w gospodarce rynkowej. Studium ekonomiczne*, Warszawa 1994, p. 31.

⁴ S. Golinowska: *Polityka społeczna...*, p. 25.

⁵ S. Golinowska: *Polityka społeczna...*, p. 38 et seq.

⁶ It was due to the fact that a record-breaking number of young people (1.5–2 million) left Poland, having emigrated, for economic reasons, to other countries.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.97

УДК: 321; 342.5

В.Ф. СИРЕНКО

*Василий Федорович Сиренко, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАН Украины, академик НАПрН Украины, заслуженный деятель науки и техники**

ORCID: 0000-0002-1447-7497

К ВОПРОСУ О ПРИРОДЕ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВЛАСТИ

Постановка проблемы. Исследование природы любого социального явления требует выяснения содержания общих понятий, что особенно важно для понимания политической власти. Ибо это дает ключ к раскрытию природы политики и государства. Закономерно феномен политической власти привлекал и привлекает внимание ученых разных отраслей социогуманитарных наук. Вместе с тем актуальность проблематики политической власти не может быть вычерпана в силу развития общественных отношений, постоянной трансформации общества и его институтов.

Анализ последних исследований и публикаций. Феномен политической власти имеет огромный научный багаж в виде наследия античной философии, политической мысли Средневековья, Нового времени и современных исследований в области политологии, науки о государстве и праве. В этом плане следует отметить вклад в развитие теории власти, политики, государства Аристотеля, Сократа, Платона, Макиавел-

© В.Ф. Сиренко, 2020

* *Vitaliy Sirenko, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NAS of Ukraine, Academician of the NALS of Ukraine, Merited Figure of Science and Technology of Ukraine*

ли, Т. Гоббса, Дж. Локка, Ж.-Ж. Руссо, И. Канта, И. Фихте, Г. Гегеля, К. Маркса, А. Герцена, Г. Еллинека, Л. Дюги, В. Ульянова, М. Вебера, М. Фуко, Т. Парсонса, Г. Алмонда, М. Кейзерова, М. Байтина, В. Цветкова, Л. Юзькова и др.

В последние десятилетия феномену власти, выяснению ее сущности, понятия, принципов, функций, видов, форм посвящались исследования С. Авакьяна, В. Аверьянова, И. Гомерова, Л. Кривенко, М. Орзиха, В. Ледяева, В. Погорилко, В. Селиванова, М. Теплоука, В. Халипова, В. Шаповала, А. Ющика и др. Вместе с тем вопрос о природе политической власти недостаточно раскрыт в научной литературе. В тоже время, сложности затянувшегося переходного периода и современные политические, экономические, внешние и внутренние вызовы государственности Украины, для решения которых как никогда необходима действенная и эффективная государственная власть, все больше актуализируют проблематику природы политической власти.

Формулирование цели статьи. Цель настоящей статьи состоит в исследовании природы политической власти, выяснении ее структуры и источников.

Изложение основного материала. Когда речь идет о политической власти, сразу же отметим, что понятие власти применимо только к отношениям между людьми. Это отражено и в социологической литературе, где наиболее распространенным является подход, согласно которому власть рассматривается как общественное или волевое отношение между людьми, обладающее рядом специфических качеств. Такой подход в целом очень верный, но настолько абстрактный, что мало дает для объяснения природы власти. Он фиксирует внимание, скорее, на видимом, четко просматриваемом моменте, что власть – всегда отношение, связь. С этим трудно не согласиться, ибо власть сродни любви или ненависти и предполагает для своего проявления минимум двух субъектов. Однако остается открытым вопрос о природе власти, проявляющейся в сущности конкретного отношения.

Но причина проявления власти и ее изначальная сущность как переход от невласти к власти остается неизвестной. Видимо, мало проясняет этот вопрос и рассмотрение власти как средства функционирования всякой социальной общности, заключающегося в отношении подчинения воли отдельных лиц и их объединений руководящей в данном сообществе воле¹.

В ряду определений власти привлекает внимание рассмотрение власти как способности подчинять поведение и деятельность людей воле всего общества или отдельного класса. Здесь власть рассматривается, по существу, как свойство или состояние, дающее возможность отдельной воле подчинять поведение других людей. Полезность данного подхода в том, что власть как категория индивидуализируется среди других социологических категорий.

Рассмотрение власти как способности осуществлять волю подводит нас к необходимости исследовать ее структуру и источники. Способность и неспособность обнаруживаются при определенных состояниях общества и его субъектов. А это – уже более глубокий подход в сравнении с пониманием власти как отношения. Но и рассматриваемое как волевое данное явление не увязано с материальными процессами.

Это, на наш взгляд, важнейший недостаток всех понятийных подходов, рассматривающих волю в качестве определяющего наполнителя содержания власти. Ведь если содержание власти сводится к воле, то властвовать всегда будет тот, у кого это качество более развито. Но общественная практика в историческом срезе не подтверждает такого вывода. Властвуют действительно волевые и сильные, но только в том случае и до тех пор, пока им удастся держать в зависимости подвластных. Какой зависимости – это не главное. Главное в том, что волевое внешнее проявление власти возможно только тогда, когда сформировалась зависимость одного субъекта от другого.

Какова же причина проявления зависимостей в общественной жизни? Она и проста, и сложна, и очевидна, и глубоко скрыта за внешними проявлениями. Первейшая причина состоит в простом и обыденном факте: необходимости удовлетворения потребностей людей. Жизнедеятельность отдельного человека, коллективных образований или общества в целом возможна только при непрерывном удовлетворении разнообразных потребностей. Однако возможности удовлетворения этих потребностей у различных социальных групп и даже отдельных лиц неодинаковы. Способы и средства удовлетворения потребностей, находящиеся за пределами возможности прямого потребления субъектом материальных и духовных благ, формируют постоянное состояние зависимости одних участников общественных отношений от других, начиная с отдельного человека, семьи и поднимаясь до классового, межнационального и другого господства. «Способность осуществлять волю», «обладание возможностью подчинять своей воле», «средство функционирования социальной общности», «общественное отношение» – все эти определения власти верны постольку, поскольку власть действительно проявляется через них. Однако сущностное ядро власти, делающее возможными формы ее проявления и материализующее данные формы, содержится, по нашему мнению, в имманентно, органически присущей жизнедеятельности людей всеобщей связи в форме постоянно возобновляемой зависимости между людьми, определяемой способом производства материальных и духовных благ.

При этом зависимость, составляющая содержание интереса, «работает» на уровне необходимости удовлетворения потребностей и возможностей конкретного субъекта (личность, группа, класс), а зависимость, составляющая содержание власти, «работает» на уровне интересов данного субъекта – возможности их реализации, лежащие в пределах целесообразной деятельности другого субъекта. Сумею ли я удовлетворить насильствующие меня мои собственные потребности, и в каких формах, и какими способами и средствами – это во многом зависит от меня самого, от моих индивидуальных качеств. Но реализуются ли те из моих интересов, средства и способы удовлетворения которых лежат в пределах целесообразной деятельности другого субъекта, от меня мало зависит, и я вынужден подчиниться его требованиям, его условиям, чтобы удовлетворить свои потребности. Эта зависимость и называется властью. Главное ее содержательное начало

состоит в том, что конкретный субъект в силу природных качеств (власть в семье) или социального положения (собственность, доступ к орудиям насилия и принуждения) обладает возможностью предоставить или не предоставлять в мое распоряжение средства или другие реальности удовлетворения моих потребностей.

Данная возможность не безлика. Она всегда увязана с материальным процессом: и капиталист, устанавливающий буржуазные порядки в обществе в силу частной собственности, и диктатор Пиночет, захватывающий с помощью армии законную власть у чилийского народа, и угонщик самолета, физическим насилием принуждающий экипаж лететь в нужном лишь для него направлении, и отец, принуждающий ребенка к послушанию, реально делают это только потому, что обладают материальными средствами, суживающими или расширяющими возможности реализации конкретных интересов.

Но почему же конкретные субъекты, группы, классы становятся обладателями средств, ставящих в зависимость другие субъекты, группы, классы? Почему именно эти – властители, а эти – подвластные? В каждый исторический момент это определяется уровнем развития производительных сил и производственных отношений, а непосредственно – реальным исходом борьбы, противоречивости, столкновений конкретных интересов. Власть есть способ фиксации состояния уравниваемости конкретных социальных сил, находящихся в постоянной борьбе. Почему в постоянной борьбе? Только по той причине, что способы удовлетворения потребностей, а попросту – возможности их удовлетворения, не постоянны. Они изменяются и в силу материального развития общества, и в силу изменения соотношения сил в классовой, групповой, национальной, расовой и других видах социальной борьбы.

В конечном счете, власть – это сила вышедших из огня столкновений различных интересов. Способ и форма сосуществования интересов, форма выражения победившего интереса, состояние власти, определяемое через категории «сильная» и «слабая», «устойчивая» и «временная», «демократическая» и «деспотическая» всецело зависят от победившего интереса. Но при этом следует учесть, что качество власти во многом может зависеть от исторических традиций, обычаев, привычек конкретной социальной общности. Следовательно, если интерес характеризует состояние зависимости между необходимостью удовлетворения потребностей субъекта, способами и средствами их удовлетворения, которые субъект организует через собственную деятельность, то власть – это зависимость между необходимостью реализации интересов конкретного субъекта общественных отношений, способами и средствами реализации, находящимися в пределах полномочий специальных органов или отдельных лиц, выражающих соотношение социальных сил и содержание победившего интереса².

Вместе с тем, этот переход является выражением той общественной зависимости, которая существует между самой простой необходимостью удовлетворения потребностей людей и самыми сложными, утонченными формами политического господства. Как известно, существенным в выяснении содержания власти является вопрос о ее волевом характере. Всякая власть, отмечает Н.М. Кейзеров, «в принципе основывается на реальной способности проведения своей воли, но отнюдь не всякая реальная способность осуществлять свою волю может рассматриваться как власть. Существо дела – в конкретном механизме формирования и реализации воли, в структуре отношений власти, в институциональном и правовом статусе власти»³.

Власть, несомненно, является волевым общественным отношением. «Только при таком понимании власти возможна постановка вопроса о социальной ответственности ее сторон и полное раскрытие ее социальной сущности»⁴. Однако трудно согласиться с такой интерпретацией места воли в содержании власти, если учесть, что воля субъекта практически всегда обусловлена его интересами. Классиками социологии и политической науки неоднократно и убедительно доказывалось, что господствующая воля всецело зависит от материальной жизни людей, способа производства и формы общения, является, по существу, выражением господствующих общих интересов победившего класса. Следовательно, материальные условия жизни формируют интересы людей, выражающиеся в совокупной господствующей воле, которая в виде государства, права, политических организаций образует феномен политической власти. Господствующий интерес нуждается в этих институтах для того, чтобы представить себя в качестве интереса всего общества. Социально господствующий класс (господствующий прежде всего в экономике) способен реализовать свои интересы лишь посредством политической власти, выдавая их за всеобщие.

Таким образом, можно предположить, что волевое выражение интересов и представляет собой феномен власти. Субъект власти – это всегда носитель господствующего интереса и господствующей воли. Только в таком соединении возможно проявление принуждения, насилия со стороны носителя власти. Без воли интерес не имеет средств принуждения, а без интереса воля не имеет силы принуждения, она не способна сама создать зависимость между необходимостью удовлетворения потребностей и средствами их удовлетворения. Именно благодаря тому, что победивший интерес через волевое выражение способен взять под свой контроль средства удовлетворения потребностей других субъектов, он становится обладателем такого социального состояния, как власть.

Следовательно, власть есть сочетание интереса и воли, в котором воля выступает средством выражения интересов. Ни воля, ни интерес самостоятельно еще не могут сформировать состояние власти, однако, объединившись и направив все силы на установление контроля за формированием и реализацией других интересов, они формируют власть. Исходя из этих соображений, нетрудно определить содержание политической власти. Она будет представлять собой волевое выражение интересов господствующего класса или большинства народа в деятельности государственных, общественных органов, организаций и должностных лиц. Государственная власть от политической отличается не сущностью, а содержанием и объемом, направленностью деятельности⁵.

Сущность власти едина, она выражается зависимостью между необходимостью реализации интересов субъектов и возможностью их реализации, контролируемой носителями господствующих интересов и выра-

жающей их господствующую волю. Структурно власть включает в себя три важнейших элемента: господствующий интерес, выражающую его господствующую волю и средства обеспечения данного господства. Последнее наиболее наглядно и явно присуще любой власти. Ибо принудительная власть есть во всяком человеческом сообществе.

Принуждение как средство обеспечения господствующего интереса и выражающей его господствующей воли обязательный признак любой власти. Иначе, с одной стороны, власть как господство интересов и воли не сможет реализоваться, с другой – любая власть как обязательный атрибут своего существования встречает противодействие, стремление подвластных либо выйти из-под контроля, либо вложить в свое поведение собственное понимание властереализации. Эти предпосылки – необходимость реализации господства интересов и воли и противодействие подвластных и предопределяют такой сущностный элемент власти, как принуждение. Степень принуждения может быть различной: от прямого насилия и подавления до простого наличия средств принуждения, потенциальной угрозы его применения. Но это не колеблет общего подхода к рассмотрению средств обеспечения господства интересов и воли как сущностного элемента власти.

Выражением господствующих интересов и воли в классовом обществе является государство с «материальными придатками» государственной власти – армией, полицией, чиновниками, судебским аппаратом. Государственная воля возводится в единственную признаваемую официальную норму поведения людей независимо от их классовой принадлежности. Господствующий класс использует власть как средство разрешения противоречий в обществе, ибо государство есть продукт и проявление непримиримости классовых противоречий. При этом сила власти как ее имманентное свойство проявляется двояко: и как насилие, и как авторитет, обеспеченный принуждением.

Характеризуя свойства власти, необходимо не выпускать из поля зрения, кроме сущностной, ее содержательную основу. Любая власть проявляет себя не только в качестве принудительной силы, но и силы создающей, стремящейся воспроизвести ту систему общественных отношений, которые питают ее господство. Господствующий интерес и его авторитарное выражение через господствующую волю нуждаются в надлежавшей организации производства и тех общественных отношений, которые из него вытекают.

Следовательно, власть проявляет себя не только в насилии, но и в организации общих дел, в социальном управлении. Необходимость управления как общественная потребность, как условие общественного развития возникла вместе со становлением общества. Однако в классовом обществе представления об управлении неизбежно связаны с деятельностью государства, поскольку в пределах последнего происходит движение интересов классов в силу их противоречивости.

Устанавливая определенную систему требований, запрещений и дозволения, государство получает возможность управлять поведением участников общественных отношений. Разве это не является доказательством того, что власть есть сущность управления? Но то, что власть бывает бессильной перед интересом и что она является формой, средством выражения интересов, свидетельствует, что властью не исчерпывается сущность управления. Его сущность представляет скорее синтез двух взаимосвязанных элементов – интересов и власти. С содержательной, сущностной стороны управление представляет собой форму движения социальных интересов, где власть выступает ведущим средством обеспечения соответствия данного движения содержанию коренных интересов господствующего класса. В этом плане управление по отношению к государству также является средством выявления, учета, выражения, формирования и реализации интересов людей.

С помощью управления общество осознает свои коренные интересы и с позиций их формирования и реализации устанавливает определенные пропорции в процессе поиска субъектами конкретных возможностей удовлетворения своих потребностей. Но какие интересы на конкретном этапе развития общества коренные и главные – это вопрос политики. Государственное управление не может произвольно воздействовать на общественные процессы, его воздействие определяется логикой движения интересов соответствующего способа производства. Иначе его постигнет та же участь, что и государство, когда оно действует вопреки экономическому развитию.

Выяснение взаимосвязи социальных явлений предполагает раскрытие взаимозависимости, обусловленности, согласованности, единства и различия между ними. Определяющим является то, что все социальные явления вызываются к жизни необходимостью удовлетворения потребностей людей. Это – общие и объективные предпосылки существования таких социальных явлений, как интересы и власть. Конкретными и определяющими здесь могут быть названы и другие исходные предпосылки. Первейшая среди них – противоречивость интересов в сфере гражданского общества, с неизбежностью приводящая к классовому политическому господству, которое материально реализуется через политическую власть и социальное управление. Противоречивость интересов – важнейшее и неизбежное следствие разделения труда, дифференциации форм собственности, классовых отношений, самой природы общественных форм удовлетворения потребностей людей.

Следовательно, деформация власти возможны в двух случаях: когда воля как принуждение, как авторитарная сила не выражает господствующий интерес и когда выражение господствующего интереса не обеспечено силой. Разрыв между интересом и авторитарностью, синтез которых составляет сущность власти, – это и есть ее деформация, извращение, определяемое в теории и практике как узурпация, бюрократизм, волюнтаризм, субъективизм, протекционизм и т.д. Реализация деформаций власти не может осуществиться помимо системы управления, ибо система управления опредмечивает власть, переводит ее из бытия в себе в бытие для нас, из абстракции в конкретность.

Поэтому в реальной жизни для обеспечения групповых, индивидуальных или корпоративных интересов всегда существует соблазн захвата управленческих структур как органов властвования с целью удовле-

творения не общих, а отдельных интересов. Означает ли такой захват присвоение власти? И да, и нет. Да, если захват управленческих структур будет преследовать цель реализации отдельных интересов. И нет, если захватившие управленческие структуры начнут использовать их для выражения интересов большинства. Поэтому вопрос о реальной и формальной власти измеряется не тем, в чьих руках органы властвования, а тем, в полной ли мере органы управления выражают интересы большинства или господствующего в материальных отношениях класса.

Однако формальная власть может быть не реальной, и реальная власть может не иметь формального, особенно политического выражения. Проблема распознавания власти в плане реальности и формальности состоит в определении, чьи, какие интересы выражает та или иная власть. В той же мере, в какой конечные причины «всех общественных изменений и политических переворотов надо искать не в головах людей, не в возрастающем понимании ими вечной истины и справедливости, а в изменениях способа производства и обмена; их надо искать не в философии, а в экономике соответствующей эпохи». Конечное определение реальности власти необходимо искать в выражении господствующего интереса через управленческие структуры.

Следует различать реальную власть как силу, возможность принуждать в данный момент и как выражение интереса большинства или экономически господствующего меньшинства, которые на практике, в управленческих структурах способны отрываться друг от друга, но только в единстве своем представляют полную реальную власть. Взаимосвязь интересов, власти и управления проявляется здесь в том, что авторитарная воля выражает интерес через управленческие структуры и тем самым создает социальную цепь взаимосвязи интереса, власти и управления. Любой разрыв или подмена звеньев в этой социальной связи деформирует общественное развитие в силу нарушения закономерностей между необходимостью удовлетворения потребностей людей и теми средствами и методами их удовлетворения, которые определяются конкретным способом производства.

Следует также обратить внимание и на то, что политическая власть только тогда является подлинной силой в обществе, когда она сочетается с экономической.

Соотношение экономической и политической власти как основы взаимосвязи интересов, власти и управления во многом определяется правовой политикой, практикой правового регулирования общественных отношений. Нерешительность политической власти, путаница, концептуальная непоследовательность, уступки аппаратному, групповому или корпоративному интересу могут деформировать экономические интересы, суживать возможности косвенного принуждения со стороны экономической власти, сдерживать активность участников общественных отношений. Здесь особое значение имеет ответ на вопрос, чьи интересы выражает политическая власть. Если интересы абсолютного большинства народа, то и в законодательстве эти интересы будут отражены и воспроизведены в правовых формах. Если интересы кланово-олигархического меньшинства, то это четко будет прослеживаться в экономическом законодательстве государства. Поэтому соотношение политической и экономической власти через законодательство зеркально отражает классовый характер государства, четко отвечая на вопрос, кому выгодна данная политическая власть.

Двух властей в государстве быть не может – это положение подчеркивает единство и неделимость власти, оно обеспечивает взаимосвязь различных видов интересов, власти и управления. Единство власти обеспечивается целостностью интереса и воли господствующего класса или большинства народа. Данная целостность реализуется через деятельность органов власти, которая по своему характеру, содержанию не однородна, а включает в себя несколько видов: законодательная, исполнительная (управленческая), судебная. Отмеченные виды реализации единой власти только условно могут быть названы отдельными властями в том смысле, что через каждую из них осуществляется отдельная зависимость между необходимостью удовлетворения общественных потребностей (законодательство, управление, суд) и специальной формой организации их удовлетворения.

Оптимальное представительство интересов в высшем органе власти вовсе не исчерпывает проблему взаимосвязи интересов, власти и управления. Гражданское общество всегда богаче, динамичнее государственных и других социальных структур. Поэтому прочность взаимосвязи интересов, власти и управления постоянно измеряется исходом борьбы интересов в недрах гражданского общества. Однако на исход этой борьбы сильнейшее влияние оказывает существующая формальная власть и реальное управление. Интерес не бывает без носителя. Поэтому «качество» носителя интереса прямо сказывается на его реализации через власть и управление. Хотя, в конечном счете, содержание политической власти, как выразительницы интересов, определяется исходом классовой борьбы. И если сегодня в государствах постсоветского пространства власть захватила номенклатура, то это еще не значит, что она обеспечила господство своего интереса навсегда. Осознание своих погрязших интересов народом приведет к новым классовым столкновениям, и господство олигархического интереса будет низложено, а значит, народ отберет у олигархов и власть. Реализация власти – это уже реализация интереса. В известной мере это так. Власть, не наполненная содержанием интереса, бессмысленна.

Выводы. Исходя из рассмотренного понятия власти как социального явления, следует считать, что государственная власть представляет собой зависимость между необходимостью формирования реализации интересов членов государственно организованного общества и теми возможностями, которые предоставляет им государство как официальный представитель классового общества. При таком подходе четко указывается место государственной власти в общественном развитии (орудие в обеспечении потребностей, прежде всего господствующей части общества); взаимосвязь государственной власти и материальных жизненных отношений общества (власть – орудие формирования и реализации интересов общества в пользу прежде всего господствующей его части); то, что власть производна от общества, которое выступает ее содержанием, и опре-

деляется обществом; то, что посредством государственной власти общество выявляет и организует себя как целое. Возможности государства заложены в сущности государственной публичной власти, для которой характерными являются многие особенности. Государство, хотя и не является единственной организующей связью классового общества, все же только оно опосредствует общественную публичную власть.

¹ Байтин М.И. Государство и политическая власть. Саратов, 1972. С. 1, 32.

² Сиренко В.Ф. Интересы и власть. Київ: Оріяни, 2006. 536. С. 116.

³ Кейзеров Н.М. Власть и авторитет. Москва, 1973. С. 16.

⁴ Кейзеров Н.М. Власть как объект социологического исследования. *Научный коммунизм*. 1974. № 3. С. 105.

⁵ Сиренко В.Ф. Интересы и власть. Київ: Оріяни, 2006. 536. С.120.

Резюме

Сиренко В.Ф. До питання про природу політичної влади.

Досліджується природа політичної влади як соціального явища. Обґрунтовується, що державна влада являє собою залежність між необхідністю формування реалізації інтересів членів державно організованого суспільства і можливостями, що дає їм держава як офіційний представник класового суспільства. Такий підхід дає змогу повніше виявити місце і роль державної влади в суспільному розвитку (знаряддя у забезпеченні потреб насамперед владарюючої частини суспільства); взаємозв'язок державної влади і матеріальних життєвих відносин суспільства (влада – знаряддя формування і реалізації інтересів суспільства на користь панівної його частини); похідний характер влади від суспільства, яке постає її змістом і визначається суспільством; через державну владу суспільство виявляє себе як ціле. Можливості держави закладені в сутності державної публічної влади.

Ключові слова: політична влада, державна влада, державне управління, держава, суспільство, інтерес.

Резюме

Сиренко В.Ф. К вопросу о природе политической власти.

Исследуется природа политической власти как социального явления. Обосновывается, что государственная власть представляет собой зависимость между необходимостью формирования реализации интересов членов государственно организованного общества и теми возможностями, которые предоставляет им государство как официальный представитель классового общества. Такой подход позволяет полнее выяснить место и роль государственной власти в общественном развитии (орудие в обеспечении потребностей, прежде всего, господствующей части общества); взаимосвязь государственной власти и материальных жизненных отношений общества (власть – орудие формирования и реализации интересов общества в пользу прежде всего господствующей его части); производность власти от общества, которое выступает ее содержанием, и определяется обществом; посредством государственной власти общество выявляет и организует себя как целое. Возможности государства заложены в сущности государственной публичной власти.

Ключевые слова: политическая власть, государственная власть, государственное управление, государство, общество, интерес.

Summary

Vitaliy Sirenko. To the issue of the nature of political power.

It is emphasized by the author that the difficulties of the protracted transition period and the modern external and internal challenges for Ukraine's statehood, which more than ever require an effective and efficient public power, pressingly actualize the problems of the nature of political power. The purpose of the article is to study the nature of political power and to clarify its structure and sources.

Analyzing various definitions of power, the author draws attention to the consideration of power as a social phenomenon, as the ability to subordinate the behavior and activities of people to the will of the whole society. This approach distinguishes the concept of power among other sociological categories. It is stressed that power is a volitional public relation, however, the will of the subject is almost always determined by his or her interests.

The essence of power is single, it is expressed by the dependence between the need to realize the interests of the subjects and the possibility of their realization, controlled by the bearers of the dominant interests and expressing their dominant will. Structurally, power includes three essential elements: the dominant interest, the dominant will, expressing it, and the means of securing this dominance. Coercion as a means of securing the dominant interest and the dominant will, expressing it, is an indispensable indication of power. The degree of coercion can be different, from direct violence and suppression to the mere availability of the means of coercion and the potential threat of its use.

Characterizing the qualities of power, the author considers its content basis, in addition to the essential one. Power manifests itself not only in violence, but also in the organization of common work, in social management. Power is the essence of administration. The impact of public administration on social processes is determined by the logic of the movement of interests of the corresponding mode of production.

The issues of integrity of power, unity of power and separation of powers are considered. It is emphasized that the strength of the relationship of interests, power and administration is constantly measured by the outcome of the struggle of interests in the foundations of civil society.

It is proved that public administration is a relationship between the need to form the realization of the interests of members of a state-organized society and the opportunities that the state provides them as an official representative of society.

Key words: political power, public power, public administration, state, society, interest.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.98

УДК 341.9:347.82

Д.Р. ДОРОШЕНКО

*Дмитро Романович Дорошенко, студент магістратури Київського університету права НАН України**

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНИХ ПОЛЬОТІВ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку транспортного сполучення питання міжнародних польотів набуває особливого значення у контексті можливості швидкого подолання за їх допомогою великих відстаней. Їх важливість зумовила необхідність формування спеціального міжнародно-правового регулювання, яке б гарантувало безпечність польотів. Враховуючи велике значення міжнародних польотів у світі, можна зазначити, що їх роль є важливою і для України як суб'єкта міжнародного права та учасника міжнародних відносин. Вироблені норми міжнародного повітряного права здійснили вплив і на формування національного законодавства у цій сфері, зокрема і в Україні. З урахуванням великого значення, яке має здійснення міжнародних польотів, необхідно дослідити особливості їх врегулювання законодавством України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначимо, що досліджуване питання порушувалось у наукових роботах іноземних та вітчизняних дослідників, зокрема: А.С. Бичкова, В.Д. Бордунова, А.С. Василюєва, О.М. Григорова, А.В. Линькова, О.В. Мякоти, О.В. Нестерука, О.П. Радчука, В.В. Семеняки, Т.Л. Сироїд, А.О. Собакарь, Ю.С. Шемшученка та інших.

Формулювання мети статті. Метою статті є аналіз національного законодавства України у питанні регулювання міжнародних польотів та питань, пов'язаних із здійсненням відповідних польотів.

Виклад основного матеріалу. Насамперед зазначимо, яким чином законодавство України визначає поняття «міжнародний політ». Відповідно до Наказу Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації Міністерства оборони України «Про затвердження Правил надання експлуатантам дозволів на виліт з аеропортів України та приліт до аеропортів України» № 897/703 від 2005 р. міжнародний політ – це політ, який складається з одного або декількох міжнародних етапів польоту¹.

Аналогічне визначення закріплено і в Наказі Державної авіаційної служби України «Про затвердження Авіаційних правил України «Технічні вимоги та адміністративні процедури щодо моніторингу викидів (емісії) експлуатантами цивільних повітряних суден» № 1001 від 2019 р., згідно з яким міжнародний політ – це політ, що складається з одного або декількох міжнародних етапів польоту².

Однак слід підкреслити, що у законодавстві України містяться й інші визначення міжнародного польоту. Так, відповідно до Наказу Міністерства оборони України «Про затвердження Правил штурманського забезпечення польотів державної авіації України» № 100 від 2016 р. міжнародний політ визначено як політ, пов'язаний із перетинанням повітряними суднами державного кордону України та іншої держави, або політ, який виконується в повітряному просторі іншої держави (інших держав)³. Отже, не зважаючи на закріплення подібних визначень у двох різних правових актах, все ж спостерігаємо відсутність певної усталеності у розумінні поняття «міжнародний політ», що може сприйматись як наявність певної законодавчої недосконалості у відповідному питанні. На нашу думку, для систематизації правових підходів до визначення досліджуваного терміна доцільно внести його до положень Повітряного кодексу України як основоположного законодавчого акта у сфері повітряного права з тим, щоб уніфікувати підходи до тлумачення відповідного терміна та уникнути майбутніх суперечностей при розгляді питань, пов'язаних із міжнародними польотами.

Проаналізувавши вищенаведені визначення, вважаємо, що найбільш точним є визначення, наведене в Наказі Міністерства оборони України № 100 від 2016 р., адже у ньому найповнішою мірою розкрито сутність міжнародних польотів, зокрема враховано факт перетину повітряним судном державного кордону будь-якої держави, зокрема й України. Тому для подальшого дослідження вважаємо доречним застосовувати саме це визначення.

© Д.Р. Дорошенко, 2020

* *Dmytro Doroshenko, student of II year of Master's degree division of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

У контексті теми дослідження, яка пов'язана із окремими питаннями міжнародних польотів, вважаємо за доцільне розглянути низку актуальних питань, які виникають у контексті правового регулювання міжнародних польотів нормами законодавства України. Передусім із поняттям міжнародного польоту тісно пов'язане поняття правового режиму міжнародного польоту. Він являє собою сукупність юридичних норм, які визначають права та обов'язки держав щодо повітряного простору, його використання, порядок повітряних перевезень, правовий статус повітряних суден і членів екіпажу, вантажу та пасажирів⁴. Зазначимо, що режим повітряного простору та міжнародних польотів над територією кожної держави регулюється її національним законодавством та міжнародними договорами, які вона уклала з іншими державами та двосторонній/багатосторонній основі.

Наступним важливим питанням, яке виникає у контексті розгляду міжнародних польотів, є особливості правового регулювання міжнародних авіаперевезень законодавством України. Розглядаючи його, зупинимо увагу насамперед на Повітряному кодексі України від 2011 р., який встановлює правові основи діяльності в галузі авіації. Державне регулювання діяльності в галузі авіації та використання повітряного простору України спрямоване на гарантування безпеки авіації, забезпечення інтересів держави, національної безпеки та потреб суспільства і економіки у повітряних перевезеннях та авіаційних роботах⁵. Як доречно зазначає український науковець О.П. Радчук: «Повітряний кодекс України встановив таке поняття, як суспільно важливі повітряні перевезення та виходить із того, що Україні належить повний і виключний суверенітет над повітряним простором України. У той же час Україна несе повну відповідальність за виконання міжнародних зобов'язань, що взяла на себе шляхом підписання цілої низки міжнародних конвенцій. Рішення про визнання певної повітряної лінії як суспільно важливої приймає Уповноважений орган з питань цивільної авіації. При цьому враховуються важливість повітряної лінії для міста або регіону, а тому перевізник повинен безперервно та регулярно здійснювати авіаперевезення за дотримання певних обсягів та рівня оплати. На першому етапі дається оголошення про таку лінію та самі авіаперевізники приймають рішення про виконання такої роботи. Якщо жоден не погоджується на встановлені умови, то може бути оголошений відкритий конкурс для українських та для іноземних авіаперевізників для визначення тих, хто буде виконувати такі авіаперевезення»⁶.

В основу врегулювання міжнародних польотів покладено розуміння повітряного простору держави. Відповідно до п. 81 ст. 1 Повітряного кодексу України повітряний простір України – частина повітряної сфери, розташована над суходолом і водною територією України, у тому числі над її територіальними водами (територіальним морем), і обмежена вертикальною поверхнею, що проходить по лінії державного кордону України⁷. У контексті цього слід звернути увагу на Конвенцію про міжнародну цивільну авіацію (Чиказьку конвенцію) від 1944 р., ратифіковану Україною у 1992 р., у положеннях якої зазначено, що Договірні держави визнають, що кожна держава володіє повним і винятковим суверенітетом над повітряним простором над своєю територією. Крім того, у Конвенції зазначено, що під територією держави розуміються сухопутні території і прилеглі до них територіальні води, які знаходяться під суверенітетом даної держави^{8,9}. Виходячи із порівняння положення щодо державного суверенітету та повітряного простору, закріпленого у Повітряному кодексі та Чиказькій конвенції, можна стверджувати, що у зазначених нормах Повітряного кодексу України імплементувала відповідні норми Конвенції про міжнародну цивільну авіацію¹⁰.

Однак, беручи до уваги важливість визначення суверенітету держави над повітряним простором, ми стикаємося із наступною актуальною проблемою, яка полягає у визначенні такого простору. Слід наголосити, що у законодавстві України, так само як і у міжнародному праві, не існує нормативного закріплення верхньої межі повітряного простору, на яку поширюється територіальний суверенітет держави. Найпоширенішою в українській доктрині є думка про визначення межі між повітряним і космічним просторами на висоті мінімальних штучних супутників Землі (приблизно 100–110 км над рівнем океану). Такої думки дотримуються такі вітчизняні науковці: Г.М. Даниленко, О.В. Мякота, С.М. Переполькін, В.В. Семеняка, О.В. Столярський, Л.А. Філяніна та інші.

Однак існують й інші погляди на відповідне питання. Так, наприклад, згідно з класифікацією Військово-повітряних сил США, космічним польотом вважають політ, висота якого перевищує 50 миль (80 км 467 м) над рівнем океану. При цьому фахівці NASA визначають кордон космічного простору на висоті 122 км. Разом із тим технічний розрахунок вчених з Університету Калгарі (Канада) свідчить, що межа між земною атмосферою і відкритим космосом проходить на висоті 118 км від поверхні Землі¹¹. Таким чином, питання делімітації повітряного простору є актуальним і для українського законодавства, і для міжнародного права загалом. Відповідне питання має бути регламентоване на міжнародно-правовому рівні та імплементоване у національне законодавство держав з метою уникнення суперечностей у відповідному питанні. Ми поділяємо думку вітчизняних науковців щодо встановлення межі суверенітету держав над повітряним простором приблизно у 100–110 км над рівнем океану, адже вважаємо, що така усталена межа, яка все ж прийнята більшістю держав, має бути регламентована на міжнародно-правовому рівні та стати обов'язковою для держав світу шляхом прийняття відповідного правового акта. На нашу думку, відповідна уніфікація у підході до розуміння встановлення межі між повітряним та космічним простором у 100–110 км над рівнем океану у подальшому закладе міцніші засади співробітництва держав у відповідній галузі без будь-яких суперечностей та стане попередженням для виникнення конфліктів, пов'язаних із відмінностями держав у підходах до розуміння делімітації повітряного та космічного просторів.

Важливим питанням у галузі міжнародних польотів є дослідження особливостей авіації, що є широким за змістом поняттям, яке, за визначенням англійського дослідника Дж.Д. Андерсона, включає у себе будь-яку діяльність, пов'язану з механічним польотом та авіаційною промисловістю¹². Тобто виходячи із наведеного визначення можна стверджувати, що міжнародні польоти є складовою частиною авіації. Авіацію прийнято

поділяти на дві категорії: цивільну та державну авіацію. Згідно зі ст. 4 Повітряного кодексу України, цивільна авіація задовольняє потреби держави і громадян у повітряних перевезеннях і авіаційних роботах та виконанні польотів у приватних цілях і поділяється на комерційну авіацію та авіацію загального призначення. Державна авіація використовує повітряні судна з метою забезпечення національної безпеки і оборони держави та захисту населення, які покладаються на Збройні Сили України, інші військові формування, утворені відповідно до законів України, органи Національної поліції, спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань цивільного захисту, органи охорони державного кордону України, органи доходів і зборів¹³.

Важливим питанням у контексті розгляду міжнародних польотів є забезпечення безпеки під час їхнього здійснення. Український науковець А.О. Собакарь, посилаючись на дані Міжнародної організації цивільної авіації, підкреслює: «Відносні показники рівня безпеки польотів у вітчизняній галузі цивільної авіації значно гірші від середніх загальносвітових показників»¹⁴. Виходячи із цього, можна стверджувати, що безпека цивільної авіації є актуальною проблемою для України. Зазначимо, що А.О. Собакарь вважає, що безпеку польотів на авіаційному транспорті доцільно визначати як стан захищеності елементів (суб'єктів) авіаційно-транспортної системи, діючих для задоволення потреб суспільства в авіаційних роботах та перевезеннях, при якому забезпечується своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз безпеці польотів, а при їх наявності або виникненні виключається можливість заподіяння шкоди від них¹⁵.

Законодавство України містить окремі правові акти, спрямовані на врегулювання питання безпеки міжнародних польотів. Передусім відзначимо Наказ Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації «Про затвердження Положення про систему управління безпекою польотів на авіаційному транспорті» № 895 від 2005 р., положення якого спрямовані на визначення порядку організації робіт щодо попередження авіаційних подій, завдання та функції управління, органів, об'єктів та суб'єктів управління, встановлює форми контролю за виконанням робіт. Дія цього Положення поширюється на всіх суб'єктів цивільної авіації України незалежно від форм власності, у тому числі на організації та громадян, які здійснюють експлуатацію повітряних суден, виконання і забезпечення польотів та обслуговування повітряного руху на території України. Управління безпекою польотів у цивільній авіації виконує Державна служба України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації¹⁶.

Водночас можемо зазначити, що не зважаючи на важливість питання безпеки міжнародних польотів для України, на сучасному етапі розвитку відповідному питанню не приділено достатньо уваги ні у законодавчих актах, ні на рівні практичного забезпечення безпеки. У цьому контексті доречно згадати Повітряний кодекс України, адже незважаючи на той факт, що він виступає основним правовим актом, що регулює діяльність користувачів повітряного простору України з метою задоволення інтересів України та її громадян і забезпечення безпеки авіації, в ньому лише передбачено розділ (XIII), присвячений захисту авіації від актів незаконного втручання, і взагалі проігноровано питання забезпечення безпеки польотів. На нашу думку, питання забезпечення безпеки міжнародних польотів заслуговує більшої уваги та має бути конкретизоване у законодавстві України. Не зважаючи на факт наявності Наказу Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації «Про затвердження Положення про систему управління безпекою польотів на авіаційному транспорті» № 895 від 2005 р., вважаємо, що його положень недостатньо. Крім того, цей наказ є підзаконним нормативно-правовим актом, юридична сила якого є нижчою за силу закону або того ж Повітряного кодексу, в якому питання безпеки розкрито неналежним чином. З урахуванням всіх вищевикладених обставин вважаємо, що у відповідному напрямі мають бути прийняті більш суттєві кроки щодо правового регламентування безпеки польотів. Так, доречно прийняти окремий законодавчий акт, положення якого детально регламентували окремі аспекти, спрямовані на забезпечення безпеки міжнародних польотів. Зокрема, доцільно врегулювати питання технічного забезпечення міжнародних польотів, а також правового захисту осіб у випадку недодержання державою або авіакомпанією відповідних норм.

У цілому слід зазначити, що роль цивільної авіації у забезпеченні прискореного розвитку як регіональної, так і світової економіки зростає час від часу. Між тим, в Україні саме цій складовій регіональної комунікаційної мережі більше всього притаманні системні проблеми, серед яких слід виокремити відсутність регіональної інтеграції суб'єктів господарювання. Така проблема суттєво гальмує розвиток авіапромисловості та загалом стримує економічний розвиток регіонів і країни.

Висновки. Таким чином, можна стверджувати, що міжнародний політ являє собою політ, пов'язаний із перетином повітряними суднами державного кордону України та іншої держави, або політ, який виконується в повітряному просторі іншої держави (інших держав). Зазначимо, що незважаючи на імплементацію Україною приписів міжнародно-правових актів, тим не менш, у законодавстві все ще існують деякі прогалини щодо врегулювання питання міжнародних польотів, які потребують свого врегулювання, серед яких: делімітація повітряного простору; врегулювання питання безпеки міжнародних польотів; уніфікація підходів до визначення повітряного простору. Більше того, навіть на міжнародному рівні існують невирішені питання, зокрема щодо межі поширення державного суверенітету на повітряний простір, які ускладнюють подальше співробітництво держав.

З урахуванням недостатньої правової та інституційної забезпеченості безпеки міжнародних польотів вважаємо доречним прийняти окремий закон, положення якого будуть врегульовувати окремі питання забезпечення безпеки, зокрема, передбачати дієві процедури та специфічні функції щодо забезпечення безпеки польотів на рівні різних органів управління з позиції реалізації та захисту права громадян на безпечне середовище, регулювання транспортної безпеки у системі національної безпеки, гарантування безпечності пасажирських та вантажних перевезень авіаційним транспортом, виконання вимог міжнародно-правових принципів і норм.

¹ Про затвердження Правил надання експлуатантам дозволів на виліт з аеропортів України та приліт до аеропортів України: наказ Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації Міністерства оборони України № 897/703 від 28.11.2005 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1572-05/ed20111003/find?text=%CC%B3%E6%ED%E0%F0%E4%ED%E8%E9+%EF%EE%EB%B3%F2> (дата звернення: 29.11.2019).

² Про затвердження Авіаційних правил України «Технічні вимоги та адміністративні процедури щодо моніторингу викидів (емісії) експлуатантами цивільних повітряних суден: наказ Державної авіаційної служби України № 1001 від 02.08.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0962-19/ed20190802#n27> (дата звернення: 29.11.2019).

³ Про затвердження Правил штурманського забезпечення польотів державної авіації України: наказ Міністерства оборони України № 100 від 23.02.2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0418-16/ed20160223#n32> (дата звернення: 29.11.2019).

⁴ Репецький В.М. Міжнародне публічне право. Київ: Знання, 2011. С. 294.

⁵ Повітряний кодекс України: Закон України № 3393-VI від 19.05.2011 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17> (дата звернення: 29.11.2019).

⁶ Радчук О.П. Міжнародно-правове регулювання авіаційних перевезень. *Форум права*. 2015. № 2. С. 146.

⁷ Повітряний кодекс України: Закон України № 3393-VI від 19.05.2011 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17> (дата звернення: 29.11.2019).

⁸ Статус Конвенції про міжнародну цивільну авіацію. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/954_011 (дата звернення: 30.11.2019).

⁹ Конвенції про міжнародну цивільну авіацію від 07.12.1944 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_038 (дата звернення: 30.11.2019).

¹⁰ Мьякота О.В. Правове регулювання повітряного кордону України. URL: http://dSPACE.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/11322/1/Mykota_153-159.pdf (дата звернення: 30.11.2019).

¹¹ Нестерук О.В. Демілітаризовані та нейтралізовані території. URL: <http://dSPACE.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3991/Нестерук.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 30.11.2019).

¹² John D. Anderson, Jr. *Inventing Flight: The Wright Brothers and Their Predecessors*, Maryland: The John Hopkins University Press, 2004. P. 22.

¹³ Повітряний кодекс України: Закон України № 3393-VI від 19.05.2011 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17> (дата звернення: 29.11.2019).

¹⁴ Собакарь А.О. Безпека польотів на авіаційному транспорті: категоріально-правовий аналіз. *Форум права*. 2011. № 1. С. 932.

¹⁵ Там само.

¹⁶ Про затвердження Положення про систему управління безпекою польотів на авіаційному транспорті: наказ Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації № 895 від 25.11.2005 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z1503-05> (дата звернення: 30.11.2019).

Резюме

Дорошенко Д.Р. Окремі питання регулювання міжнародних польотів законодавством України.

У статті розкриті особливості тлумачення поняття «міжнародні польоти» згідно із законодавством України та обґрунтовано думку про те, що відповідне визначення доцільно закріпити у положеннях Повітряного кодексу України. Крім того, проаналізовано поняття «правовий режим міжнародного польоту» та «повітряний простір України», зокрема, приділено увагу проблемам встановлення меж державного суверенітету над повітряним простором та розглянуто різні підходи до їх вирішення і обґрунтовано авторську позицію щодо цього явища.

У статті розкриваються особливості авіації та здійснено характеристику її видів, які включають у себе цивільну та державну авіацію. Автором також розглянуто проблеми, наявні у законодавстві України у галузі безпеки міжнародних польотів та запропоновано можливі шляхи їх вирішення.

Ключові слова: міжнародні польоти, повітряний простір, безпека міжнародних польотів, правовий режим міжнародних польотів, Повітряний кодекс України.

Резюме

Дорошенко Д.Р. Отдельные вопросы регулирования международных полетов законодательством Украины.

В статье раскрыты особенности толкования понятия «международные полеты» в соответствии с законодательством Украины и обосновано мнение о том, что соответствующее определение целесообразно закрепить в положениях Воздушного кодекса Украины. Кроме того, проанализированы понятия «правовой режим международного полета» и «воздушное пространство Украины», в частности, уделено внимание проблемам установления границ государственного суверенитета над воздушным пространством и рассмотрены различные подходы к их решению, а также обосновано авторскую позицию в отношении этого явления.

В статье также раскрываются особенности авиации и осуществлена характеристика ее видов, которые включают в себя гражданскую и государственную авиацию. Автором также рассмотрены проблемы, имеющиеся в законодательстве Украины в области безопасности международных полетов и предложены возможные пути их решения.

Ключевые слова: международные полеты, воздушное пространство, безопасность международных полетов, правовой режим международных полетов, Воздушный кодекс Украины.

Summary

Dmytro Doroshenko. Some issues of regulation of international flights by the legislation of Ukraine.

The article reveals the interpretation of the concept of “international flights” in accordance with the legislation of Ukraine and substantiates the opinion that it is advisable to fix the corresponding definition in the provisions of the Air Code of Ukraine. In addition, the concepts of “legal regime of international flight” and “airspace of Ukraine” are analyzed, in particular, attention is paid to the problems of establishing the boundaries of state sovereignty over airspace and various approaches to their solution and the author’s position with respect to this phenomenon are considered.

In addition, the study of national legislation and international legal regulation of international flights provides an opportunity to identify commonalities and differences and understand at what stage of the flight state legal regulation ceases to operate, and international norms are gaining strength.

The norms of international air law regulate the relations of states regarding the implementation of international flights by their aircraft, which should be understood as flights through the airspace over the territory of more than one state. From the point of view of

law, the sphere of international law covers two levels: 1) legal regulation of international flights in the airspace of a number of states; 2) legal regulation of flights in international airspace. Each state independently determines the procedure for admission of foreign aircraft to its airspace. Such a permit system is the basis of the legal regime of the airspace of all states today, which is mandatory for both scheduled and non-scheduled international flights.

Note that no differences were found. The article also reveals the features of aviation and characterizes its types, which include civil and state aviation. The author also examined the problems existing in the legislation of Ukraine in the field of safety of international flights and suggested possible solutions.

Key words: international flights, airspace, safety of international flights, legal regime of international flights, Air Code of Ukraine.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.99

UDC 347.9

S. SMIRNOVA

*Sofia Smirnova, Postgraduate student at London School of Economics (LSE) completing MSc in Human Rights and Politics**

ORCID: 0000-0002-1500-3023

JUDICIAL REFORM AND THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN UKRAINE

Problems to solve. Arguably, a free and independent judiciary is the basis for good governance within any society. It is an ‘essential prerequisite for upholding the rule of law’ (United Nations General Assembly, 2012:3), crucial for enforcement of policies and reforms introduced by the government. Furthermore, it is fundamental for determining and implementing appropriate and effective punishment for those who disregard said legislation. Thus, the lack of an independent judiciary in Ukraine has often been critiqued as the primary reason for insufficient anti-corruption enforcement.

Analysis and Literature review. Based on the results of the studies of Dubrovskiy, Giardullo, Kostanyan, Wilson and Zhernakov and theoretical principles, conclusions have been formulated to reflect the directions of the solution, albeit fragmentary, of the existing problems. Thus, remains the lesser-researched problem of the independence of the judicial system of Ukraine in the enforcement of anti-corruption reforms. This article will discuss the most significant reforms within the judiciary; the Supreme Court reboot, the establishment of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine and the High Anti-Corruption Court, and the reform of the High Qualification Commission of Judges.

Aims of the article. This article is an analysis of the state of scientific development of the problem and the causes of corruption, emphasising that scientists acknowledge the need to combat this phenomenon.

Content of the article. Firstly, the package of anti-corruption reforms introduced under Poroshenko involved the creation of new institutional bodies for the enforcement of reforms, attempting to fulfil the first and second aims set out by the government in 2014. This intended to establish mechanisms for legislation implementation, primarily seen through the re-establishment of the Supreme Court in 2014. The reforms restructured the court system ‘from a four-tier system (involving first and second instance courts, high (specialised) appeals courts, and the Supreme Court) to a three-tier system (first and second instance courts, and the Supreme Court with specialised integrated courts of cassation)’ (OSCE, 2017: 11). The merging of the cassation courts aimed to resolve ‘potential disparities in jurisprudence between the courts within the new Supreme Court’ (Ibid.). The announced objectives of the reform aimed to completely ‘reboot and renew the highest judicial body’ (AntAC, 2017) as part of a more general court clean-up. The reduction of four levels of justice to three, as well as the introduction of several digitalisation policies to improve transparency within the system hoped to progress reform. These changes led to over 2,000 judges voluntarily abandoning their positions between 2014 and 2017 (Dubrovskiy, 2018: 30) beginning the complete reconstruction of the judiciary. The introduction of the ‘Electronic Court’ system created a ‘single judicial information and telecommunications systems’ (Unian, 2017) to operate in court proceedings. Legal documentation was also digitalised, allowing it to be exchanged electronically, in line with new legislation (Accace, 2017). The benefits of this system improved transparency as documentation and records of court proceedings could now be accessed online, through the relevant court’s automated systems, with binding electronic signatures from judges. Finally, the new platform allowed parties the ability ‘to apply the procedural documents’ (Ibid.) for a variety of other uses, such as ‘enquire about open appeal proceedings, obtain information about bankruptcy and pay court fees online’ (Ibid.).

However, Dubrovskiy (2018: 30) does not believe that these changes have led to a significant ‘rebuilding of the judiciary’ due to significant failures within the composition of the new Supreme Court. The appointed judges fall ‘short of what civil society’ (Ibid.) hoped for in 2014, with ‘80 per cent of the appointees having previously served’ (Ibid.) within the court system. This meant progressive constitutional change was met with a lack of enforcement mechanisms. In the absence of significant change in the composition of the new court, its so-called reboot seemed redundant, with little indication of progress. This exemplifies the most significant problems within judicial reform. Despite the constitutional changes, the government has yet to establish detailed procedural legislation on the implementation of these changes.

© S. Smirnova, 2020

* *Софія Матвіївна Смірнова, студентка магістратури факультету прав людини та політики Школи економіки Лондона (LSE)*

Reforms have been slow due to the persistence of a 'deep underlying culture of corruption' (Ibid., 2.) embedded in the judicial system. Historically, there has been little 'tradition of independence' (Ibid., 7.) of the courts which explains why previous anti-corruption efforts, preceding 2014, have been stalled. Dubrovskiy labels all prior judicial reform as 'tokenistic' (Ibid.) merely serving a purpose to settle civil society demands for reform rather than a direct source of judicial improvement. Poroshenko's predecessor, Yanukovich, contributed to the reduction of public funds available for reform progress. Yanukovich's centralisation of control for nepotistic reallocation of 'rents to his family' (Ibid.) created a lack of available resources within the judiciary, withdrawing reform funding. This contextualises the slower pace of Poroshenko's reforms; however, more progress has been made since 2014, implying there is hope for change in the future, however long-term it may be.

Secondly, the creation of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine (NABU) was a significant anti-corruption reform, creating the first investigative body dedicated solely to rooting out corruption among high officials. The Bureau assesses cases of corrupt individuals, as well as monitors asset declarations, with the application of appropriate consequences for misconduct in public office. The Bureau works alongside two other new units; the National Agency for Prevention of Corruption (NAPC) and the Specialised Anti-Corruption Prosecutor's Office, both acting to aid the Bureau's enforcement of prosecutions. The establishment of the NABU was a reform aimed at 'cleansing government of corruption' (NABU, 2014). However, since its establishment in 2014, the NABU has been criticised for its lack of commitment with 'no high-level officials being convicted to date' (Kostanyan, 2017: 2). The Bureau has seen little success in its investigation into high-level corrupt officials as the agency's work has been obstructed by the 'unreformed' (Ibid.) Prosecutor General's office. Courts have been seen to 'routinely delay' (Ibid.) corruption hearings – a particular case demonstrating the rampant corruption was seen of the parliamentarian whose sentence was delayed by the Verkhovna Rada to allow him to 'slip out of the country before his prosecution' (Ibid.). Although much of this criticism was recorded in 2017, by January 2019, the NABU reported that 'UAH173.87 million in funds had been refunded' (NABU, 2019: 21) through corruption prosecution. Despite this large sum, the agency reports that out of the '745 proceedings under investigation' in 2019, merely '28 of these resulted in convictions' (Ibid.). Although this is a start, it must be considered too slight a fraction to be classified as a successful reform.

The organisation has been developed to become an established institution, with a 'director, permanent offices in Kyiv and a publicly elected civil society committee' (Bilan, Duane, Gorodnichenko & Sologoub, 2015: 5). This is evidence for its success in establishing itself as an authoritative government body, ready to implement anti-corruption reforms. The NABU investigators have become some of the 'highest-paid civil servants' (Bilan et al. 2015: 6) which not only attracts highly skilled detectives but more significantly 'insulates them from corrupting influences' (Ibid.). An important aspect of the NABU's success would lie in its independence from the government, without which it would not function effectively. However, within its first year, the NABU's integrity was compromised, with several attempts made by the government to manipulate the committee formation process.

The Ukrainian Criminal Procedure Code outlines the obligations of the Prosecutor General, which involve decision-making powers within the NABU. It must be noted that this position is 'appointed by the president' (Kalenyuk, 2015) and must be approved by the parliament. President Poroshenko had the largest political faction within the parliament, therefore, *de facto*, power over the appointment of one of the most influential positions within the NABU. This failed attempt at checks and balances undermines 'the fundamental principle of the political independence of anti-corruption prosecution' (Ibid.) and the Bureau itself. Furthermore, the well-regarded anti-corruption Non-Governmental Organisation (NGO), Transparency International, filed a lawsuit against the government of Ukraine, alleging that the Cabinet of Ministers 'circumvented the law to control the process of vetting and appointing the NAPC's' (AntAC, 2015) management committee. These cases expose the Ukrainian government's inability to enforce lasting reform. The initial establishment of the NABU was met, practically instantly, with attempts to discredit the body's investigative capabilities. This was done by attempting to place individuals in charge who would serve to protect precisely those high-level corruptors which the body aimed to eradicate. Moreover, these cases demonstrate the NABU's vulnerability to political intervention into anti-corruption prosecution, thereby, decreasing its reliability to enforce reform.

The Bureau's vulnerability was further exposed in 2017, a few years after the initial cases, during its efforts to investigate corrupt members of the State Migration Service of Ukraine (SMSU). While documenting the participation of the First Deputy Head of the SMSU, a NABU undercover agent was 'illegally detained' (Unian, 2017) by the Office of the Prosecutor General, falsely accused of a 'provocation of bribery' (Ibid.). Undercover operations have been a vital aspect of the Bureau's investigations, as the investigative body does not have the authority for 'autonomous wiretapping' (Ibid.). Therefore, the intervention of the Prosecutor General's Office into the investigation of a highly corrupt individual demonstrates further the NABU's susceptibility to internal interference into anti-corruption investigations. These cases are merely a few of many, with various examples of how the NABU's effectiveness is compromised by its lack of independence from the government. Furthermore, the Bureau's inability to obtain the necessary permissions and authority for wiretapping, required for the complex dismantling of internal corruption networks, confirms its failure, without which it will never be able to fulfil its aims.

Thirdly, in addition to the new Supreme Court, an entirely new court was created solely to assess corruption cases. The High Anti-Corruption Court (HACC) was established in April 2019 (Transparency International, 2019a) and has been one of the latest efforts in the fight against corruption. The court's purpose is to review cases put forward by the NABU relating to claims of abuse of power, bribery, illegal enrichment or fraud. Transparency International has been highly involved in ensuring the HACC's jurisdiction to be within the focus of NABU to ensure its independence from the rest of the judicial system, in hopes of minimising its susceptibility to corruption from other sectors. After reviewing the list of candidate judges, out of the 38 appointed to the HACC by the Ukrainian government, only seven were deemed unworthy of this position by a team of NGOs working in this field (Transparency International, AutoMaidan and AntAC). In light of this, it seems that the majority of judges within the body have

passed the approval of civil society, after a thorough analysis of histories of 'judicial decisions, property, business and political ties' (Transparency International, 2019a).

These successes can be compared to the appointments made to the newly established Supreme Court in 2014, with the PIC evaluating '25 % of the total number of the court's judges' (PIC, 2017) as dubious or politically motivated. As the establishment of the HACC is a relatively new initiative, it is difficult to assess the success of its actions fully. However, its composition seems capable of providing Ukraine with a much-needed system through which to enforce corruption punishment. Dubrovskiy (2018: 30) praises the creation of the HACC as it has taken on 'symbolic importance' within judicial reform, which has seen particular success within the international community. However, he marks that despite the HACC being an 'important part of the effort' (Ibid.) for corruption awareness, it is yet to find success in its 'closure of the space for corrupt practices' (Ibid.). The lack of enforcement and investigation to break the corruption networks, created by years of bribery and illicit enrichment, must be prioritised. These investigations, whether carried out by the NABU or directly by the police, will bring these underground networks to justice, without which the HACC will simply not have any cases to review.

In his retrospective analysis, Giardullo (2018: 2) provides a compelling summary of the reforms introduced within the four years after the 2014 Revolution of Dignity during which 'protestors demanded an end to corruption'. He comments on Ukraine's 'struggle to bring the reform of its justice sector to completion' (Ibid.) indicating an attempted but unenforced reform path. The greatest weakness highlighted is the 'entrenched vested interest' (Ibid.) of elites within positions of authority which are slowing the ever-difficult process of change. Commenting on the renewal of the Supreme Court, Giardullo draws attention to its exhibitionist nature which merely provides a façade of change, passing the 'litmus test' (Ibid.) for justice-sector reform, without real transformation. The two courts were reformed four years apart from one another, yet the difficulties in the success of these reforms appear similar; with a distinct struggle in appointing independent judges. In order for reform to be effective, judges must be independent and free from susceptibility to corrupt practices, such as bribery, which have almost replaced the bureaucracy within jurisprudence. This failure to appoint such judges shows that Ukraine, although taking clear steps towards reform, has deeper institutional difficulties with corruption, which inevitably delays reforms.

Finally, the resolution of this barrier to reform lay in the creation of a governing body, with authority to aid the selection of independent judges. Thus, the High Qualification Commission of Judges (HQCJ) was re-established as a dedicated and impartial body in the assessment, qualification and appointment of judges to courts within Ukraine. However, despite the hopes of the reboot, the 'HQCJ failed to perform its duties' (Halushka & Chyzyk, 2019). The newly reformed body 'discredited itself by recommending tainted judges' (Ibid.) to the new Supreme Court. The nine-month-long proceedings of the assessment and recommendation of judges to the new Supreme Court were undermined after the Public Integrity Council (PIC) criticised the selections. The PIC announced that '25 % of the total number of the court's judges' (PIC, 2017), selected by the HQCJ, received negative opinions. The re-appointment of these judges was damaging to the integrity of the newly established HQCJ, as well as the Supreme Court itself. It set a precedent that would allow politically dubious judges to maintain their positions of authority without consequence.

Furthermore, reform failures stem beyond the HQCJ due to the shortcomings of the High Council of Justice (HCJ). Under 2017 law, the HCJ assumed the 'function of appointing, disciplining and dismissing judges' (Kyiv Post, 2017), which aimed to remove the political element from the judicial system. Therefore, it was, in fact, the HCJ which 'greenlighted the appointment of the notorious judges to the Supreme Court' (Coynash, 2019) despite the overlooking by the HQCJ. The greatest downfall of the HCJ was the appointment of '227 Maidan judges' (Ibid.) persecuting peaceful EuroMaidan activists. Among these 'Maidan Judges' was a group who 'used disciplinary proceedings to harass independent judges' (Ibid.) who attempted whistleblowing within the court system. The case of independent judge Larysa Holnyk revealed persistent harassment against her attempts at challenging bribery within the judicial systems. Holnyk suffered an attack after publishing a video showing an unsuccessful bribery attempt from the Mayor of Poltava. After reporting the incident to the president of her court, he 'suggested her to accept the bribe, and criticised her stubborn attitude' (Judges for Judges, 2019) revealing the internal corrupt mindset of senior members. This incident was followed by an 'endless row of attempts to make work impossible' (Ibid.) for Holnyk, in a crude effort to showcase the consequences of whistleblowing within the judiciary. The failings of both the HCJ and the HQCJ in preventing the existing corrupt judges from maintaining control within the system deconstructed the hopes of a 'post-Maidan full overhaul of Ukraine's judiciary' (Ibid.). Thus, this discredited the work of the HQCJ as well as undermining the reforms against the re-appointment of corrupt officials.

Conclusions. Judicial sector anti-corruption reform has been largely unsuccessful. These failures are evident through the persistent appointment of tainted judges, flawed assessments by the HQCJ and HCJ and the ultimately unreformed Supreme Court. Political dependence of the courts and telephone justice, in which 'prosecutors settle cases over the phone' (Wilson, 2016: 7), both remain the most significant barriers to anti-corruption reform. Reform has failed to see through the overhaul of the judiciary, falling short of the aims set out in 2014.

Firstly, despite the requirements for asset disclosure, the NABU investigations against corrupt individuals and the re-established HQCJ, politically dubious and corrupt judges have remained in power. Bohdan Lvov, Mykhailo Smokovych and Stanislav Kravchenko are but a few examples of such individuals. Lvov, selected as the head of the Cassation Commercial Court, has 'violated Supreme Court law [...] bypassing the automatic ease distribution system' (Chyzyk, Zhernakov, Maselko, & Halushka, 2019) to gain illicit assets. Smokovych and Kravchenko have also failed to declare illegally obtained assets through bribes and manipulation of the justice system (Ibid.). Secondly, the flawed assessments of HQCJ and HCJ further contributed to the downfall of corruption reform in Ukraine. These bodies allowed for the aforementioned judges to remain in power, despite evidence drawn against them of blackmail, political interference and bribery. The bodies 'ignored nearly 60 % of negative conclusions regarding judicial candidates' (Chyzyk et al. 2019) provided by the PIC. While tainted judicial appointments proceeded with-

out concrete justifications, ‘whistle-blower’ judges, like Serhii Bondarenko, recommended by civil society panels, received the lowest integrity scores from the commissions (Ibid.). The newly established commissions, which aimed to eradicate the corrupt individual appointments amongst judges, failed to remain truly independent and apolitical in their selections. Lastly, the unreformed Supreme Court has demonstrated various cases of ‘questionable rulings’ (Ibid.). One of the notorious examples has been the Supreme Court ruling in favour of the oligarch Firtash’s acquisition of commodity companies. Firtash, ‘indicted on bribery charges by the United States government’ (Ibid.), was allowed the transfer of illicitly gained funds to personal offshore accounts. This case demonstrates the persistence of oligarchic state capture and influence over the judiciary.

The judicial sector was reported as the least progressive reform compared to the success of reforms within other sectors. The European Parliament reported ‘outstanding steps forward in areas such as public procurement, macro-economic stabilisation and the decentralisation process’ (European Parliament, 2017), as will be discussed in the following chapters on success. However, the judicial sector has remained lagging in its reform progress, with public trust at a significant low. Merely 3 % of Ukrainians reported as having complete trust in the body compared to the significant 62 % who reported no trust at all (Democratic Initiatives Fund, 2019). As of 2015, the figures reported 2.4 % and 51 % (Ibid.) respectively, revealing the lack of progress and public trust in Ukraine’s courts. To conclude, overall, the judicial sector reforms under Poroshenko have not seen the success anticipated at the start of his presidential term, and there is yet much reform to be passed and enforced within Ukraine’s historically corrupt judiciary.

Legal Sources

Zakon Ukrainy Pro Zapobihannya Koruptsiyi (2014) Vidomosti Verkhovnoyi Rady (VVR), № 49, st. 2056.

Zakon Ukrainy Pro Zasady Zapobihannya I Protydiyi Koruptsiyi (2011). Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy (VVR), № 40, st. 404.

Zakon Ukrainy Pro Zasady Derzhavnoi Antykoruptsiynoyi Polityky v Ukraini (Antykoruptsiyna Stratehiya) na 2014–2017 roky (2014) Відомості Верховної Ради (ВВР), № 46, ст. 2047.

Zakon Ukrainy Pro Sudoustriy ta Status Suddiv (2016) Vidomosti Verkhovnoho Rady (VVR), № 31, st. 545.

¹ AntAC (2015) *Government of Ukraine Manipulated Composition of the Panel That Will Select Members of the National Corruption Prevention Agency* [online] Anti-Corruption Action Centre, found at: <https://antac.org.ua/en/news/government-of-ukraine-manipulated-composition-of-the-panel-that-will-select-members-of-the-national-corruption-prevention-agency/> accessed on 1 April 2020 [hereinafter AntAC].

² Anti-Corruption Action Centre (2017) *Each Fourth Future Judge of the New Supreme Court Is Dubious* <https://antac.org.ua/en/news/each-fourth-future-judge-of-the-new-supreme-court-is-dubious/> accessed on 29 February 2020 [hereinafter AntAC].

³ Astapov et al. (2011) *Ukraine* [online] *The International Lawyer*, Vol. 45, No. 1, pp. 581–595, found at: <https://www.jstor.org/stable/23644033> accessed on 3 March 2020.

⁴ Bilan, O., Duane, M., Gorodnichenko, Y. & Sologoub, I. (2015) *From Evolutionary to Revolutionary Reforms* [online] Atlantic Council, found at: <https://www.jstor.org/stable/resrep03443> accessed on 3 March 2020.

⁵ Blueprint (2019) *Blueprint for Free Speech 2019 Whistleblowing Prizes announced* [online] Blueprint for Free Speech, found at: <https://blueprintforfreespeech.net/en/blueprint-for-free-speech-whistleblowing-prizes-announced/> accessed on 29 February 2020.

⁶ Chyzhyk, H., Zhernakov, M., Maselko, R., & Halushka, O. (2019) *Anti-Corruption Experts: Trust in Ukraine’s Judiciary Remains Low* [online] Kyiv Post, found at: <https://www.kyivpost.com/article/opinion/op-ed/anti-corruption-experts-failed-reforms-dodgy-judges-undermine-trust-in-judiciary.html> accessed on 29 April 2020.

⁷ Coynash, H. (2019) *The Right To A Fair Trial* [online] Human Rights in Ukraine: Kharkiv Human Rights Protection Group, found at: <http://khpg.org/en/index.php?id=1551141773> accessed on 29 February 2020.

⁸ Democratic Initiatives Fund (2015) *Who do Ukrainians trust more?* [online] found at: <https://dif.org.ua/article/komu-bilshe-doviryayut-ukraintsi-vladi-gromadskosti-zmi> accessed on 4 May 2020 [Ukrainian].

⁹ Democratic Initiatives Fund (2019) *Judicial Reform in the eyes of Citizens* [online] found at: <https://dif.org.ua/uploads/pdf/8122978245d2858ad0d7c28.25535334.pdf> accessed on 4 May 2020 [Ukrainian].

¹⁰ Dubrovskiy, V. (2018) *Are Ukraine’s Anti-Corruption Reforms Working?* [online] Chatham House: The Royal Institute of International Affairs, found at: https://www.researchgate.net/profile/Vladimir_Dubrovskiy/publication/335149427_Are_Ukraine's_Anti-corruption_Reforms_Working/links/5d52ff1392851c93b62e504c/Are-Ukraines-Anti-corruption-Reforms-Working.pdf accessed on 25 January 2020.

¹¹ European Court of Human Rights (ECHR) (2013) *Case of Oleksandr Volkov v. Ukraine* [online] found at: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-115871"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) accessed on 16 March 2020 [Hereinafter ECHR].

¹² European Parliament (2017) *EU-Ukraine Parliamentary Association Committee, Final Statement and Recommendations* [online] 6th EU-Ukraine PAC, Dnipro, 20 September 2017, par. 14, found at: <http://www.europarl.europa.eu/> accessed on 3 March 2020.

¹³ Giardullo, C. (2018) *Four Years After: The ‘Long March’ of Justice-Sector Reforms in Ukraine* [online] Istituto Affari Internazionali, found at: <https://www.jstor.org/stable/resrep17530> accessed on 3 March 2020.

¹⁴ Halushka, O. & Chyzhyk, H. (2019) *Is Ukraine’s new judicial reform a step forward?* [online] Atlantic Council, found at: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/is-ukraines-new-judicial-reform-a-step-forward/> accessed 4 April 2020.

¹⁵ Judges for Judges (2019) *Whistleblowing in Ukraine: Judge Larysa Holnyk, An Update* [online] Netherlands: Reuteurs voor Reuteurs, found at: <https://www.reuteursvoorreuteurs.nl/whistleblowing-in-ukraine-judge-larysa-holnyk-an-update/> accessed on 29 February 2020.

¹⁶ Kalenyuk, D. (2015) *Poroshenko Attempts to Control Anti-Corruption Investigation and Prosecution* [online] Kyiv Post, found at: <https://www.kyivpost.com/article/opinion/op-ed/daryna-kalenyuk-poroshenko-attempts-to-control-anti-corruption-investigation-and-prosecution-390368.html> accessed on 1 April 2020.

¹⁷ Kostanyan, H. (2017) *Ukraine’s Unimplemented Anti-Corruption Reform* [online] CEPS Commentaries, found at: <https://biblio.ugent.be/publication/8514010/file/8514011.pdf> accessed on 20 January 2020.

¹⁸ Kyiv Post (2017) *Poroshenko Signs law on High Council of Justice* [online] Interfax Ukraine, found at: <https://www.kyivpost.com/ukraine-politics/poroshenko-signs-law-high-council-justice.html> accessed on 1 March 2020.

¹⁹ Lete, B. (2016) *How Ukraine Can Open Its Door to NATO* [online] German Marshall Fund of the United States, found at: <https://www.jstor.org/stable/resrep18955.6> accessed on 3 March 2020.

²⁰ Mikhelidze, N. (2014) *Second Revolution on Euromaidan: What Next for Ukraine?* [online] Istituto Affari Internazionali, found at: <https://www.jstor.org/stable/resrep09843> accessed on 3 March 2020.

- ²¹ National Anti-Corruption Bureau of Ukraine (NABU) (2019) *Results and Challenges: January-June 2019* [online] Article 26, found at: https://nabu.gov.ua/sites/default/files/reports/zvit_-_2019_eng_sayt.pdf accessed on 27 January 2020, [Hereinafter NABU].
- ²² National Anti-Corruption Bureau of Ukraine (NABU) (2020) *Executives* [online] NABU Governmental Reports, found at: <https://nabu.gov.ua/en/kerivnyctvo> accessed on 1 April 2020 [hereinafter NABU].
- ²³ Neutze, J. & Karatnycky, A. (2007) *Overview of Corruption in Ukraine* [online] Jstor, Atlantic Council, found at: <https://www.jstor.org/stable/resrep03540.7> accessed on 2 March 2020.
- ²⁴ Olswang, C.M.N, (2016) *Amendments to the Constitution of Ukraine passed: Ukraine takes a major step towards a European System of Justice* [online] Lexology, found at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=212fa5f8-4f4b-4b4d-9d5a-693579e0c95e> accessed on 29 February 2020.
- ²⁵ OSCE/ODIHR (2017) *Opinion on the Law of Ukraine on the Judiciary and the Status of Judges* [online] Warsaw: OSCE, found at: https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/osce_visnovok.pdf accessed on 5 February 2020.
- ²⁶ Transparency International (2019) *38 Anti-Corruption Court Judges Pledge Allegiance to People Of Ukraine* [online] Transparency International Ukraine, found at: <https://ti-ukraine.org/en/news/38-anti-corruption-court-judges-pledge-allegiance-to-people-of-ukraine/> accessed 2 April 2020.
- ²⁷ United Nations General Assembly (2012) *Resolution 67/1: Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels (A/RES/67/1)* [online] 24 September 2012, par. 13, found at: <https://undocs.org/A/RES/67/1> accessed on 3 March 2020.
- ²⁸ Wall Street Journal (2004) *The Orange Revolution*, New York, N.Y.: Wall Street Journal, Dec 28, 2004. pg. A.10.
- ²⁹ Wilson, A. (2016) *Survival of The Richest: How Oligarchs Block Reform in Ukraine* [online] European Council on Foreign Relations, pp. 7–11, found at: https://www.jstor.org/stable/pdf/resrep21573.pdf?ab_segments=0%2Fbasic_SYC-5152%2Fcontrol&refreqid=search%3A0b5c263eab7e0503e89c3924a4238060 accessed on 1 May 2020.
- ³⁰ Zhermakov, M. (2016) *Judicial Reform in Ukraine: Mission Impossible?* [online] International Renaissance Foundation Policy Report, found at: https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2017/02/Renaissance_A4_5JURIDICIAL-REFORM.pdf accessed on 10 March 2020.

Резюме

Смирнова С.М. Судова реформа і боротьба з корупцією в Україні.

Вільна і незалежна судова система є основою для ефективного управління в будь-якому суспільстві. Це «істотна передумова для підтримки правопорядку» (Генеральна Асамблея ООН, 2012: 3), вкрай важлива для забезпечення реалізації політики та реформ, що проводяться урядом. Судові органи України давно відомі як один з найбільш корумпованих секторів в інституційній структурі. Відсутність незалежної судової системи в Україні часто критикувалася як основна причина недостатнього антикорупційного правозастосування.

Поразка корупцією владних структур неминуче призводить до зниження ролі держави як регулятора економічних і соціальних процесів, стимулюючи паразитування незначної частини суспільства на проблемах і тяготі більшості. Це переводить нормальну систему взаємин між людьми в тіньову, кримінальну сферу.

У статті розглядаються найважливіші реформи судочинства України, здійснені в 2014–2019 рр.: перезавантаження Верховного Суду, створення Національного антикорупційного бюро, Вищого антикорупційного суду, а також реформа Вищої кваліфікаційної комісії суддів. У цих державних інститутах намічалася спроба докласти всіх більших чи менших зусиль для системного вирішення боротьби з корупцією та хабарництвом за допомогою ряду різних інструментів для запобігання корупційних дій або прояви корумпованого клімату.

Крім того, передбачалося, що подібні дії мали основоположне значення для визначення і застосування належного та ефективного покарання для тих, хто ігнорує вказане законодавство. У статті оцінюються успіхи реформ судочинства України, здійснених у 2014–19 роках. В роботі визначені причини неефективності деяких реформ і їх запобігання в суддівському співтоваристві. Викладено проблеми організації і функціонування судової системи України в реформаторських умовах, а також введені аргументи щодо удосконалення окремих форм судової системи.

Ключові слова: судова реформа, корупція, хабарництво, антикорупційна організація, законодавство, судочинство, суддівське співтовариство.

Резюме

Смирнова С.М. Судебная реформа и борьба с коррупцией в Украине.

В статье рассматриваются важнейшие реформы судопроизводства Украины, осуществленные в 2014–2019 годах: перезагрузка Верховного Суда, создание Национального антикоррупционного бюро, Высшего антикоррупционного суда, а также реформа Высшей квалификационной комиссии судей. В этих государственных институтах намечалась попытка приложить все большие или меньшие усилия для системного решения борьбы с коррупцией и взяточничеством с помощью ряда различных инструментов для предотвращения коррупционных действий или проявления коррумпированного климата. Кроме того, предполагалось, что подобные действия имели основополагающее значение для определения и применения надлежащего и эффективного наказания для тех, кто игнорирует указанное законодательство.

В работе определены причины неэффективности некоторых реформ и их предотвращение в судебском сообществе. Изложены проблемы организации и функционирования судебной системы Украины в реформаторских условиях, а также введены аргументы относительно усовершенствования отдельных форм судебной системы.

Ключевые слова: судебная реформа, коррупция, взяточничество, антикоррупционная организация, законодательство, судопроизводство, судебское сообщество

Summary

Sofia Smirnova. Judicial reform and the fight against corruption in Ukraine.

The article assesses the success of Ukrainian governmental judicial reforms implemented between 2014 and 2019. The judiciary has long been known as one of the most corrupt sectors within the institutional structure. The lack of an independent judiciary in Ukraine has often been criticized as the main reason for insufficient anti-corruption legislation. The article examines important reforms within the judicial sector; the reset of the Supreme Court, the establishment of the National Anti-Corruption Bureau and High Anti-Corruption Court, and the reform of the High Qualification Commission of Judges. The article further identifies the key reasons for the ineffectiveness of reform implementation and enforcement, as well as their efforts in promoting corruption prevention in the judicial community.

Key words: anti-corruption reform, progress analysis, Ukrainian judiciary, reform analysis, public trust in institutions.

Д.М. БЕЛОВ

Дмитро Миколайович Белов, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права та порівняльного правознавства ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

ORCID: 0000-0002-7168-9488

**РЕЦЕНЗІЯ
НА МОНОГРАФІЮ В.В. КОПЧІ
«ПРАВОЗАХИСНА ФУНКЦІЯ ДЕРЖАВ ЦЕНТРАЛЬНОЇ ЄВРОПИ:
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ»***

Серед ключових проблем розвитку сучасної правової системи України є потреба в удосконаленні правозахисної функції Української держави. Така ціль впливає з конституційних цінностей України, а також із необхідності надати механізму захисту прав людини більш дієвого характеру. Тому актуальність теми монографії є значимою, виходячи як із наукової (пізнавальної), так і з практичної точки зору. У монографії поставлено завдання дослідження сутності сучасної держави першої половини ХХІ століття в площині зміни переліку та значимості її окремих функцій під впливом глобалізації та супутніх проблем. Основні положення та висновки монографії вказують на концептуальний підхід до викладу матеріалу в поєднанні зі значним обсягом залученого емпіричного матеріалу досвіду держав Центральної Європи.

Монографічне дослідження має логічну, науково-обґрунтовану структуру і складається з п'яти розділів.

Виклад матеріалу автор розпочинає зі з'ясування того, що таке правозахисна функція в сучасній державі в теоретичному плані та які її основні складові. Серед останніх ним виділяється здійснення правосуддя (загальні суди та конституційні суди), поліцейська діяльність та діяльність прокуратури. Слід погодитися з автором у визначенні ним *правозахисної функції сучасної держави* як складової конституціоналізму, яка полягає в пріоритетній державній діяльності, спрямованій на захист інституційного правопорядку, в основі якого – конституційні принципи.

Подальша увага в монографічному дослідженні звертається на аналіз основних складових правозахисної функції в державах Центральної Європи, які з 1 травня 2004 р. стали членами Європейського Союзу. З цією метою наступні розділи 2, 3, 4 стосуються відповідно функціонування та реформування систем загальних судів і прокуратури, органів конституційного правосуддя та поліцейських систем.

Кожну інституційну систему досліджено комплексно, з урахуванням правових засад її розвитку та інституційних проблем, які мають місце. Хоча відповідний український досвід не наводиться (на контраверсії), автором акцентується увага на саме тих практичних проблемах розвитку правозахисної функції держави, які є найбільш актуальними («болючими») в Україні. Йдеться, наприклад, про такі проблеми як реформа судів, її розуміння та проблеми захисту незалежності судової системи загалом та суддів. Автор при цьому не обмежується аналізом законодавчого влаштування систем правосуддя, з'ясовуючи в кожній державі реальні проблеми їхнього функціонування. Особливо, як видається, цікавим є матеріал, що присвячений досвіду Республіки Польщі та Угорщини.

Значний масив монографії присвячено розвитку конституційного правосуддя в державах Центральної Європи та відповідних проблем, пов'язаних з їх удосконаленням. Відрадно, що автором дається аналіз великої кількості рішень з числа судової практики, спрямованої на здійснення конституційного контролю. Завершує роботу розділ 5, в якому проаналізовані теоретичні та практичні аспекти проблеми захисту конституційної демократії в державах Центральної Європи. Звертається також увага на значимості цієї проблеми та відповідній судовій практиці.

Теоретичною базою роботи слугує значний масив наукової літератури, переважно іноземними мовами. Також автором опрацьовано сотні нормативних актів та судових рішень інших держав. Детальний аналіз практичного матеріалу дає можливість робити цікаві теоретичні висновки, наприклад, щодо юридичної техніки викладу правових документів та обґрунтування судових рішень, що може стати цінним для врахування вітчизняної практикою правотворення і правозастосування.

© Д.М. Белов, 2020

* *Рецензія на кн.: Копча В.В. Правозахисна функція держав Центральної Європи: теоретичні і порівняльно-правові аспекти: монографія. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2020. 396 с.*

Методологія дослідження базується на комплексі методів, з яких найчастіше використовується порівняльно-правовий метод, який надає можливість досліднику бачити широку картину правової реальності в різних національних державах. Слід погодитися з автором, що таке бачення дозволяє більш оптимально підійти до розуміння правового явища в координатах конкретного часу і місця.

Монографічне дослідження відзначається низкою положень новаторського характеру.

Так, зокрема, в ньому удосконалено обґрунтування вчення про єдність і різницю державної діяльності щодо здійснення правозахисної функції держави, виокремлення в ній з огляду на її предметну специфіку: а) загальної правозахисної діяльності, питання якої мають місце у функціоналі будь-якого державного органу (парламент, президент, уряд); б) спеціалізованої правозахисної діяльності, питання якої охоплюються юрисдикцією органів правосуддя та органів, які сприяють правосуддю (так званих «правоохоронних органів»). Важливими також є положення про роль впливу міжнародно-правових стандартів організації судової влади і статусу суддів на гарантування незалежності правосуддя в національних правових системах.

Стосовно зауважень, то слід зауважити, що робота потребує літературного редагування, а також уточнення деяких позицій. Так, наприклад, потребує додаткових аргументів позиція автора щодо місця прокуратури в правозахисній функції держави, її «наближеності» до судової системи (свідченням чого стало поміщення матеріалу щодо прокуратури до розділу про правосуддя).

Рецензована монографія є завершеною науково-теоретичною працею, в якій вперше в Україні на підставі аналізу теоретичного та практичного матеріалу пропонується системний підхід до пошуку можливостей удосконалення правозахисної функції сучасної держави, у тому числі й України.

В.В. ДУДЧЕНКО

Валентина Віталіївна Дудченко, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри загально-теоретичної юриспруденції Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID: 0000-0003-0915-6530

**РЕЦЕНЗІЯ
НА МОНОГРАФІЮ В.А. СІЧЕВЛЮКА
«ЕВОЛЮЦІЯ КАТЕГОРІЇ «ПРАВОВА СУБ'ЄКТНІСТЬ»
(ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ЗАСАДИ)»***

В активний науковий обіг категорія абстракція «правова суб'єктність» була введена порівняно недавно (у 50-х роках ХХ ст.) із сфери міжнародного права, із з того часу інтерес науковців до неї невпинно зростає. При цьому якщо в галузевих доктринах відповідні дослідження постійно інтенсифікувалися (особливо в цивільистиці, а останнім часом – і в галузях публічного права), то загально-теоретичне опрацювання питання про зміст, структуру та місце цієї важливої абстракції в категоріально-понятійній системі юридичної науки було незначним за обсягом та губилося в об'ємних розвідках, скерованих теоретиками права на пізнання інших важливих концептів («правові відносини», «суб'єкт права», «правовий статус»). Вихід у світ фундаментального монографічного дослідження, предметом якого постала саме категорія «правова суб'єктність», долає зазначену пізнавальну диспропорцію та дозволяє сформулювати дійсну картину взаємозв'язків ключових категорій юридичної науки в їх системному співвідношенні.

Уже тільки це дозволяє зробити висновок про актуальність теми, обраної доцентом, кандидатом юридичних наук В.А. Січевлюком для здійсненого ним наукового пошуку. Проте значимість цієї праці не вичерпується лише зазначеним вище аспектом. Рецензована монографія, як видно із її теми та змісту, характерна дослідженням категорії «правова суб'єктність у її еволюційному становленні, у розвитку. Автор не обмежився статичними викладками множини точок зору щодо розуміння змісту категорії «правова суб'єктність», розвинутих у загальній теорії права протягом останніх декількох десятиліть. Ним відповідно до історичної хронології висвітлені гносеологічні передумови формування сучасного погляду на проблему правосуб'єктності, починаючи з первинних уявлень про цей феномен права та закінчуючи сучасними підходами. Крім цього, історіографічний аспект еволюції вказаної категорії доповнений онтологічним аналізом чинників її розвитку. Так, автор переконаний, що явище правосуб'єктності розвивається шляхом еволюції у вигляді появи в ній нових диференціацій, ускладнень та поєднань (с. 298). Такий погляд підкріплюється переконливими теоретичними аргументами, а також наочно ілюструється прикладами становлення нових для свого часу (кінець ХVІІІ ст. – початок ХІХ ст.) індивідуальних виявів правосуб'єктності, що були та залишаються властивими, зокрема, приватним інвестиційним та пенсійним фондам, широко розповсюдженим у наш час.

Щодо прикладного наповнення монографії, то практично в кожному її розділі бачимо звернення до положень законодавства України, судової практики, аналіз численних напрацювань низки галузевих

© В.В. Дудченко, 2020

* Рецензія на кн.: Січевлюк В.А. Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади): монографія. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2020. 462 с.

доктрин, особливо господарсько-правової та цивілістичної. Автор розуміє проблему, за його виразом, «відцентрової тенденції» у сфері галузевого юридичного знання, та намагається запобігти невиправданому віддаленню галузевої юридичної науки від загальної теорії права. Вдалою спробою поєднання положень загальної теорії права та прикладних юридичних реалій є розділ 6 монографії, присвячений висвітленню прагматичних вимірів категорії «правова суб'єктність».

Загалом монографія цікава своєрідною методологічною установкою, застосованою при її написанні, відповідно до якої дослідження скеровується на виявлення дії деякої загальної закономірності (зокрема, універсального правосуб'єктного зв'язку) в середовищі особливих та одиничних втілень відповідного феномену. У кожному одиничному (індивідуальному, окремому) та особливому (властивому певному класу суб'єктів права) вияві правосуб'єктності автор бачить реалізацію єдиної сутності, закріпленої в теорії права відповідною категорією та наділеною стійкою структурною конфігурацією елементів і специфічним функціональним навантаженням. Показово, що пояснюючи таке своє бачення, автор згадує вислів Геракліта Ефеського про «щоразу нові хвилі єдиної річки, які набігають на людину, що увійшла до неї».

Ще однією характерною рисою монографії є послідовне застосування її автором, поряд із загальнонауковими та спеціально-науковими методами, філософсько-світоглядних підходів до пізнання обраного предмету (історичність, діалектичність, телеологічність). Доцільність такого методологічного акценту обґрунтовується автором у підрозділі 1.3 роботи, а використання зазначеного методологічного інструментарію дозволяє йому визначити загальну спрямованість своєї наукової розвідки, встановити орієнтири знаходження, відбору та інтерпретації фактичних даних, а основне – чітко сформулювати стратегію здійснення наукового пошуку: загальнотеоретичне дослідження явища правосуб'єктності не повинне обмежуватися фіксацією лише загальних, тобто абстрактних, «чистих», цілеспрямовано звільнених від правової емпірики, закономірностей його руху; методологічний потенціал категорії «правова суб'єктність» дозволяє та навіть зобов'язує теоретичну юриспруденцію пізнавати правосуб'єктність конкретно, виявляючи та досліджуючи її об'єктивації в реальному правовому житті. Послідовна реалізація такої стратегічної установки забезпечила змістовну цілісність монографічного дослідження, утворила той його концептуальний контур, у межах якого автором вирішувалися окремі теоретичні та практичні питання.

Зокрема, у монографії було розглянуто, критично оцінено та підсумовано розвинуті в загальній теорії права починаючи з середини ХХ ст. підходи до розуміння правової суб'єктності (підрозділ 2.2), викладено та обґрунтовано авторське розуміння змісту, структури, місця та значення категорії «правова суб'єктність» (підрозділ 2.3), описано ключові диференціації цього правового явища, сформульовано сукупність понять, якими ідентифікуються відповідні роди, види та різновиди правової суб'єктності (розділи 3 та 4), описано динамічні характеристики правосуб'єктності (розділ 5), розкрито питання про прагматичні виміри категорії «правова суб'єктність» (розділ 6). При цьому, і це належить відзначити окремо, монографія не тільки не втратила, а навпаки – зберегла та збагатила свій загальнотеоретичний статус; підсумовуючи здобутки галузевих доктрин, вона не постає їх механічним конгломератом, а звернення до законодавства не затінують, а вдало ілюструють теоретичний компонент викладу.

Автор у повному обсязі реалізував завдання, визначені ним при виконанні цієї об'ємної наукової розвідки. Монографічне дослідження є оригінальним, містить значний обсяг наукової новизни, воно позначене єдиним стилем виконання і послідовною логікою розгортання викладу.

Окремо належить відзначити науковий потенціал, закладений автором у виконанні ним праці. По суті, даним монографічним дослідженням сформовано концептуальну основу та вибудовано низку визначальних орієнтирів для проведення наступних тематичних досліджень явища правової суб'єктності загальнотеоретичної, галузевої та прикладної спрямованості. Так, значний науковий інтерес становлять дослідження суперечливих форматів правосуб'єктності (наприклад, ослаблених внутрішніми конфліктами держав, адміністративно-територіальних утворень, юридичних осіб), поглиблений загальнотеоретичний аналіз специфіки галузевої правосуб'єктності, гармонізація категоріально-понятійного апарату загальної теорії права із сукупностями категорій та понять галузевих доктрин тощо.

Підсумовуючи, зазначимо, що монографія В.А. Січевлюка «Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)» є науковою працею, виконаною на актуальну тему, вона має значну теоретичну та практичну цінність, а тому буде корисною для ознайомлення і науковому співтовариству, і широкому читацькому загалу.

А.Ю. ІВАНОВА

Анастасія Юріївна Іванова, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України

ORCID: 0000-0002-7344-4505

ЄВРОПЕЙСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ РЕЛІГІЙНОЇ ТОЛЕРАНТНОСТІ ОЧИМА УКРАЇНСЬКОЇ ДОСЛІДНИЦІ*

Нові виклики, що висуває динамічний розвиток світу в руслі глобалізації, вкотре за історію людства нагадують про крихкість нашого світу та потребу знаходити шляхи мирного співжиття задля його збереження. Європейська міграційна криза, оцінювана безпековими фахівцями як справжня гуманітарна катастрофа, винесла на порядок денний численні проблеми такого співжиття в полікультурному та полірелігійному суспільстві. Неабиякий резонанс мали вимоги мігрантів, пов'язані з необхідністю забезпечення свободи віросповідання, відправлення релігійних культів та дотримання релігійних традицій, що призводили до обмеження прав та можливостей місцевого населення.

Релігійна толерантність завжди апелює до цінностей, а, отже, виступає інструментом вирішення конфлікту цінностей, а може сама ставати предметом такого конфлікту в разі невідповідності державної політики існуючим в суспільстві цінностями та традиціями. До протиріч і конфліктів призводить як абсолютизація, так і недооцінка ролі традиції толерантності в суспільному житті. Відчутно це в Україні як в державі, де збільшується кількість конфесій і відбувається неабияка боротьба за приходи та прихожан. При чому часто методи цієї боротьби виходять поза межі цивілізованих.

Названі чинники актуалізують звернення до історичного коріння традиції релігійної толерантності, усвідомлення її правового виміру, здатності пропонувати та вибудовувати стратегії вирішення і запобігання конфліктів на релігійному ґрунті. Монографія Юліанни Володимирівни Цветкової «Правова традиція релігійної толерантності в державах Європи з федеративним устроєм (V ст. до н.е. – XVII ст.)» присвячена цим питанням.

Поняття толерантності, релігійної толерантності зокрема, у науковому лексиконі є доволі молодим. Тим амбітнішою видається поставлена мета дослідження – визначення особливостей зародження та розвитку правового феномену релігійної толерантності в модерних та ранньомодерних державах західної традиції права, що відбувались у мовах скупченого проживання окремих етнорелігійних груп із власним правовим менталітетом, власними представницькими органами та відмінною від загальнодержавної релігією. Також авторка дослідила механізми правового регулювання релігійних відносин у таких полірелігійних державних просторах; конструктивні та деструктивні впливи правової традиції релігійної толерантності на суспільно-правовий та державний розвиток (С. 10).

Мета дослідження логічно зумовила структурну побудову монографії. Вона складається зі вступу (С. 6–10), теоретико-методологічного розділу (С. 11–33), трьох розділів, в кожному з яких досліджується одна з європейських держав зі складним адміністративно-територіальним устроєм (Античний Рим – С. 34–174; Велике князівство Литовське та Річ Посполита – С. 175–310; Священна Римська імперія германської нації – С. 311–432), підсумкових висновків (С. 433–451) та списку використаної літератури.

Важливим для однакової інтерпретації результатів дослідження є ґрунтовний термінологічно-поняттєвий апарат. Дослідниця зосередилась на найважливіших моментах – співвідношення понять «свобода віросповідання» та «релігійна толерантність», а також застосування поняття «федералізм» та «федерація» до принципів та характеристики адміністративно-територіального устрою держав Античності, Середньовіччя та Раннього Модерну. Співвідношення понять правової традиції та релігійної толерантності, натомість, концептуалізувалось у висновках, де правовий феномен релігійної толерантності визначено невід'ємною рисою сучасної західної традиції права (С. 451).

Оригінальна авторська концепція полягає в пов'язуванні формування традиції релігійної толерантності зі складністю адміністративно-територіального устрою європейських держав домодерної та ранньомодерної доби. Такий устрій, на думку автора, відповідає сучасним принципам та ознакам федералізму, що дає підстави послуговуватися термінологічним концептом «держави Європи з федеративним устроєм». Особливе значення вчена надає асиметричності устрою таких держав та, покликаних цим, децентралізації влади, партикуляризму правових систем умовних суб'єктів федерації, генетичній автономності цих систем, примату дії місцевого традиційного права. Завдяки діалектичному підходу автору переважно вдалося зберегти виваженість у логічній пастці – що є причиною, а що наслідком у дихотомії «асиметричний державний устрій – правова традиція релігійної толерантності». Так, в основу періодизації формування правової традиції релігійної толерантності Риму щодо сповідання релігій його федератів покладено поєднання етапів територіального державного зростання Риму та його формування як асиметричної федерації з етапами розвитку римського права (С. 87).

© А.Ю. Іванова, 2020

* Рецензія на кн.: Цветкова Ю.В. Правова традиція релігійної толерантності в державах Європи з федеративним устроєм (V ст. до н.е. – XVII ст.): монографія. Київ: Талком, 2020. 512 с.

Заслугове на увагу та підтримку діахронний підхід, застосований автором для простеження розвитку правових інститутів, пов'язаних із регулюванням релігійних правовідносин суб'єктів федерації Античного Риму, Великого князівства Литовського, Речі Посполитої та Священної Римської імперії германської нації. Вдала реалізація такого підходу демонструє широту бачення проблеми та блискуче володіння матеріалом. Як видається, автору вдалося уникнути і головних небезпек такого методу – надто абстрактних узагальнень та умоглядних припущень на підставі вибіркового даних, достатніх для ілюстрації будь-якої теорії.

Мабуть, одним із найважливіших висновків дослідження є те, що права і свободи людини, ці «альфа і омега» сучасного світового правопорядку, що пронизують нині майже всі сфери буття людини, у своїй сутності виходять з правової традиції толерантності. Визнання та міжнародне проголошення свободи віросповідання як права сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати жодної стало результатом тисячолітнього формування правової традиції релігійної толерантності.

Українські історико-правові дослідження часто містять порівняльний компонент, що зумовлено особливостями історичного та геополітичного розвитку українських земель. Слід, утім, визнати, що комплексні дослідження, присвячені історії права зарубіжних країн, на сьогодні є рідкістю, що додатково вирізняє монографію Юліанни Цветкової серед новітньої юридичної літератури. Обізнаність із першоджерелами, західною та вітчизняною історіографією – список використаної в монографії літератури містить 838 позицій – завжди є запорукою якісного дослідження. Завдяки оволодінню класичним і новітнім теоретико-методологічним інструментарієм автору вдалося максимально використати цей потенціал.

Багатий матеріал та оригінальність підходу дає хороший ґрунт для роздумів та відкриває перспективи подальших творчих пошуків. Зокрема лишається місце для висвітлення авторського бачення поняття правової традиції релігійної толерантності та його співвідношення із традицією релігійної толерантності в широкому сенсі.

Автор цілком аргументовано обґрунтовує, що правова традиція релігійної толерантності в різний час виконувала доцентрові чи відцентрові функції в розбудові державності. Водночас, на детальнішу увагу заслугове і зворотний вплив, а саме те, що, наприклад, політика децентралізації римлян щодо приєднаних територій визначала політику невтручання в релігійні справи федератів, а, зрештою, сприяла формуванню і розвитку правової традиції релігійної толерантності.

Особливий інтерес для українського дослідника становить процес становлення та формування традиції релігійної толерантності на українських та білоруських землях Великого князівства Литовського та Речі Посполитої. На жаль, витоки правової традиції релігійної толерантності на східноєвропейських землях до періоду Великого князівства Литовського та Речі Посполитої не увійшли до монографії. Видається трансформації традиції релігійної толерантності залежно від централізаторських чи відцентрових державницьких тенденцій у Києворуській державі, яку також із певними умовностями оцінюють як федеративне утворення, дозволили б виявити особливості формування досліджуваної правової традиції на цих землях.

Зазначені міркування жодним чином не впливають на загальне позитивне враження від роботи та слугують, радше, побажаннями автору продовжувати подальші наукові пошуки.

Монографія є результатом багаторічного дослідження, окремі результати якого неодноразово обговорювались на конференціях Міжнародної асоціації істориків права, активною членкинею якої є її автор – Юліанна Цветкова.

Загалом можна привітати автора та всю історико-правову спільноту із оригінальним і якісним науковим виданням.

А.В. ОМЕЛЬЧЕНКО

Андрій Володимирович Омельченко, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного та трудового права ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

ORCID: 0000-0002-8407-8555

ФУНДАМЕНТАЛЬНА ТЕОРЕТИКО-ЦИВІЛІСТИЧНА ПРАЦЯ З ПРОБЛЕМАТИКИ ПРАВОВОЇ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ*

На початку червня 2020 р. вийшла друком двотомна монографія «Інститут інтерпретації (ius interpretatio = law of interpretation): методологічні засади цивілістичної теорії» за авторством академічного юриста та філософа, професора кафедри теорії та історії права КНЕУ імені Вадима Гетьмана Олександра Олександровича Гайдуліна, присвячена складній проблемі тлумачення в приватному праві.

© А.В. Омельченко, 2020

* Рецензія на кн.: Гайдулін О.О. Інститут інтерпретації (ius interpretatio = law of interpretation): методологічні засади цивілістичної теорії: монографія: у 2 т. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 997 с.

Автор виходить з припущення про те, що європейське право перебуває на порозі формування нового, постмодерністського правового інституту, який вербалізується за допомогою двох історично та семантично пов'язаних понять: латинського *ius interpretatio* та англійського *law of interpretation*. На підставі попередніх монографічних досліджень, присвячених питанню європеїзації контрактного права, автор дійшов висновку про те, що подальша реалізація офіційної моделі пан'європейської кодифікації приватного права виявляється безперспективною. Тому головний вектор зусиль у напрямі зближення національних систем приватного права має бути зорієнтований на їх європеїзацію через інституціоналізацію інтерпретаційного права (С. 19).

Надзвичайна складність створення нового загальноєвропейського інституту *ius interpretatio = law of interpretation*, що можливе виключно на основі розгортання відповідної правової теорії, змусила автора зосередити свою головну увагу на питаннях побудови методологічних засад такої теоретичної конструкції.

За підсумками дослідження, достатньо об'ємного через численні та, як здається, не завжди виправдані відхилення в бік суміжної (контекстної) проблематики, автор зміг побудувати трирівневу систему методології як органічну єдність загальних, спеціальних та прикладних методів.

Зрештою О.О. Гайдунін робить узагальнення світоглядного рівня і визначає теоретико-методологічну сутність викладеної концепції через три найістотніших та атрибутивних характеристики правової інтерпретації як цивілістичної науки, нормативного інституту та юридичної практики:

1. Ситуативність тлумачення норм і фактів, що обумовлюється конкретною природою самої ідеї Справедливості.

2. Конверсійність будь-яких протилежних раціональних інтерпретацій як їхня принципова здатність до примирення в процесі діалогу на основі здорового розуму, що є можливим на основі міжособистісного змісту ідеї Добра.

3. Креативність правового трактування як невід'ємне від людини її суб'єктивне право на дискреційне саморегулювання і системний прояв розумної природи об'єктивного права (С. 854).

Оцінка значущості результатів дослідження та зроблених на їх основі загальних висновків має стати предметом окремої дискусії в юридичному науковому співтоваристві, головним чином між цивілістами, теоретиками та філософами права. Оригінальне та цікаве авторське бачення проблеми повинно бути достатньо верифікованим у рамках існуючої пізнавальної традиції як у вітчизняній, так і в зарубіжній цивілістиці.

Однак два аспекти монографії, що рецензується, через свій універсальний, міждисциплінарний характер заслуговують на особливу увагу під час їх вивчення і можуть бути вже зараз використані іншими дослідниками безвідносно до результатів широкого обговорення всієї роботи.

По-перше, робота позиціонується як така, що будується на світоглядній основі постмодернізму, і саме це заявлено головною новизною реалізованого підходу (С. 28, 131, 423–432, 462, 818–829 та ін.). Ця поширена на Заході філософська позиція ще не отримала належної та всебічної оцінки з боку вітчизняного наукового загалу і тому в науковому дискурсі переважають агресивно негативні оцінки постмодернізму як культурного вчення, що активно висловлюються представниками російської офіційної ідеології (С.Е. Кургінян, О.Г. Дугін тощо).

Найбільш цінним є те, що автор монографії конкретизує аналіз постмодернізму через співставлення двох конкуруючих учень: економічного аналізу права (*law and economics* або *economic analysis of law*) та європейської правової герменевтики або юридичного інтерпретивізму (*legal interpretivism*) (С. 423–440). У роботі спостерігаються окремі спроби осмислити сутність морально-правової настанови лібертаріанства, що протиставляється автором ідеї етатизму (С. 475, 641, 763, 830).

Ця проблематика як загальна для всіх соціально-гуманітарних наук потребує подальшого системного дослідження в інших предметних галузях у процесі міждисциплінарної взаємодії та інтеграції.

По-друге, автором досить широко використовуються як прикладні соціологічні та лінгвістичні методи (розділ 2). Зокрема, для реалізації завдань дослідження було застосовано пошукову систему і базу даних наукових цитувань – Open Ukrainian Citation Index (OUCI), яка запущена для вільного доступу Міністерством освіти і науки України наприкінці 2019 р. На основі отриманих даних за підсумками другого розділу побудовані дві терміносистеми: відповідно *ius interpretatio* та *law of interpretation*.

Не зважаючи на дискусійний характер деяких висновків та рекомендацій автора монографії, переважаність змісту роботи численними даними емпіричного характеру, що дещо ускладнює цілісне сприйняття суті дослідження, оприлюднення цієї праці є важливою подією в науковому житті нашої країни і не може залишатися непоміченим.

Сподіваємось, що дана монографія буде корисною не лише для академічних правознавців та юристів-практиків, до сфери професійних інтересів яких належать проблеми загальної теорії та методології права, а й для всіх науковців, що вивчають питання ефективності інтерпретації в контексті європейської інтеграції України.

Н.А. ОРЛОВСЬКА

Наталія Анатоліївна Орловська, доктор юридичних наук, професор, начальник кафедри кримінального права та процесу Національної академії Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

ORCID: 0000-0002-4400-560X

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ВІДНОСИН У ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ОРГАНІЗАЦІЙНІ АСПЕКТИ*

Проблематика інформаційного права, інформаційних відносин та інформаційної безпеки в сучасному суспільстві є однією з найбільш актуальних. Однак у правовій державі особлива увага має бути привернута нормативно-правовому регулюванню соціальних відносин, у тому числі інформаційних. Це означає постановку питання про знаходження балансу між свободою обміну інформації та унормуванням діяльності ДПСУ як правоохоронного органу спеціального призначення.

Тому звернення до зазначеного предмету монографічного дослідження, беззаперечно, привертає увагу, особливо з огляду на те, що авторка поєднує теоретичний та прикладний аспекти цих наукових розвідок.

Ознайомлення з рукописом монографії дає підстави зазначити, що підхід авторки побудований на концепції інформаційних відносин в інформаційному (постіндустріальному) суспільстві, де інформація є соціально значущою цінністю в публічному та приватному секторах.

Викладений матеріал свідчить про вміння авторки підбирати та опрацьовувати значний обсяг матеріалу, використовувати аргументи, побудовані на класичних та новітніх розвідках у різних у галузях права. Дослідження насичене критичним аналізом корпусу нормативно-правових актів.

На наш погляд, авторські міркування викладені в роботі логічно та послідовно, пропозиції в цілому дають можливість сформулювати уявлення про оригінальне бачення заявленої проблематики та мають вихід на удосконалення нормативного тексту, організаційного удосконалення забезпечення інформаційної складової діяльності ДПСУ.

У цей же час змістовно рецензована робота виграла, якщо б авторка поглибила аргументацію щодо методологічних аспектів дослідження, оскільки наявний дослідницький підхід являє собою дещо внутрішньо суперечливий набір методологічних інструментів.

Крім цього, на наш погляд, недостатньо уваги авторка приділила питанням протидії так званій «фейковій» інформації та новинам, поява яких в інформаційному полі суттєво впливає на імідж ДПСУ, може ускладнити оперативно-службову діяльність органів охорони державного кордону.

Однак зазначені зауваження мають переважно рекомендаційний характер і в цілому не впливають на позитивну оцінку роботи, що рецензується.

Тому вбачається, що рукопис індивідуальної монографії І. Кушнір «Нормативно-правове регулювання інформаційних відносин у діяльності Державної прикордонної служби України: теоретичні та організаційні аспекти» належною мірою відображає наявний стан та існуючі проблеми регулювання тих відносин, які стали предметом авторського дослідження. Результати наукових розвідок, представлені в роботі, сприятимуть подальшим пошукам.

© Н.А. Орловська, 2020

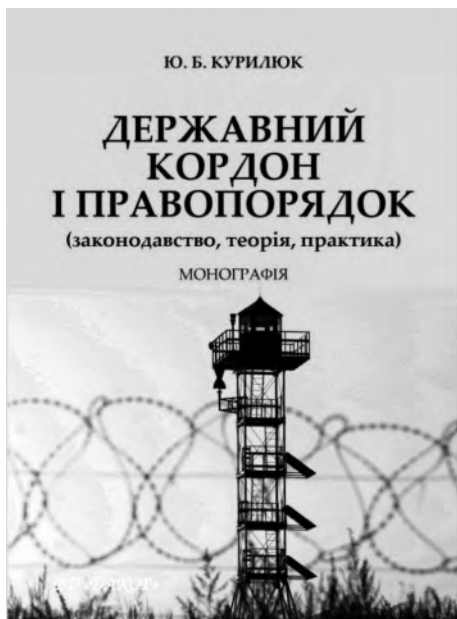
* Рецензія на кн.: Кушнір І.П. Нормативно-правове регулювання інформаційних відносин у діяльності Державної прикордонної служби України: теоретичні та організаційні аспекти : монографія / за заг. ред. д-ра юрид. наук Р.М. Ляшука, Хмельницький. Вид-во: ПП «Монускрипт», 2020. 528 с.

О.І. ОСТАПЕНКО

Олексій Іванович Остапенко, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри адміністративного та інформаційного права Інституту права, психології та інноваційної освіти Національного університету «Львівська політехніка»

ORCID: 0000-0002-9833-3043

НОВИЙ ПОГЛЯД НА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВОПОРЯДКУ В ПРИКОРДОННІЙ СФЕРІ УКРАЇНИ*



На початку травня цього року у видавництві «Дакор» вийшла друком монографія Ю.Б. Курилюка «Державний кордон і правопорядок (законодавство, теорія, практика)», яка є першим у вітчизняній юридичній літературі комплексним монографічним дослідженням, що присвячене актуальним проблемам забезпечення правопорядку в прикордонній сфері України.

Автором запропоновано наукову працю, в якій репрезентовано принципово новий погляд на низку актуальних проблем недоторкості державного кордону нашої Батьківщини в умовах сьогодення. Глибоко та всебічно проаналізувавши теоретичні положення щодо цієї проблеми, а також розглянувши точки зору провідних кримінологів та фахівців з адміністративного права, до сфери наукових інтересів яких належать так звані прикордонні питання, – А.М. Бабенко, В.Л. Зьолка, Р.А. Калюжний, В.І. Курило, Р.М. Ляшук, А.Ф. Мота, Н.А. Орловська, Є.Л. Стрельцов, М.І. Хавронюк та інших, Ю.Б. Курилюк надає свої обґрунтовані висновки й пропозиції. Деякі точки зору автором переконливо критикуються, з іншими він погоджується, надаючи їм своє, подекуди оригінальне, трактування, а треті розвиває, надаючи їм нового звучання.

Рецензована монографія складається з чотирьох розділів, у яких висвітлено найважливіші аспекти адміністративно-правового, кримінально-правового та кримінологічного забезпечення правопорядку в прикордонній сфері України. Автор комплексно розглядає

обрану тему. При цьому основними, базовими напрямами його дослідження є вивчення взаємозв'язку та взаємообумовленості адміністративних правопорушень та злочинів у прикордонній сфері.

Особливим видається підхід дослідника, відповідно до якого ним досить тісно, а подекуди непомітно, переплетено між собою адміністративно-деліктологічні, кримінально-правові та кримінологічні аспекти протидії правопорушенням і (кримінальним та адміністративним) у прикордонній сфері України. Здійснюючи характеристику особи правопорушника щодо різних аспектів порушень законодавства України про державний кордон Ю.Б. Курилюк вміло заповнив прогалини, яких не вистачало для розкриття кримінологічного портрету правопорушника, відповідними характеризуючими матеріалами адміністративної делікторогії при цьому переконливо їх обґрунтовує, а також небезпідставно порівнює тенденції злочинності з адміністративною делікатністю та навпаки. Зазначене чітко проглядається під час характеристики (як злочину й адміністративного правопорушення) незаконного перетинання державного кордону України, а також порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї.

Значну увагу в монографії присвячено дослідженню таких проблем як нелегальна міграція, порушення митних правил та прикордонна корупція, що обґрунтовано визнаються автором глобальними загрозами, що впливають на правопорядок у прикордонній сфері, а також розкрито їх особливості через характеристику злочинності мігрантів, незаконного переміщення через державний кордон тютюнових виробів і корупційної злочинності прикордонників.

На підставі вивчення законодавства, наукових джерел та правозастосовної практики Ю.Б. Курилюк також охарактеризував ознаки, систему та завдання суб'єктів, які забезпечують і беруть участь у забезпеченні правопорядку в прикордонній сфері. Особливий акцент зроблено на діяльності провідної державної інституції у цій сфері – Державній прикордонній службі України.

Структура монографії та система категоріального апарату відображають об'єктивну логіку предмету дослідження, свідчить про те, що автор всебічно та ґрунтовно підійшов до теоретичного обґрунтування проблем забезпечення правопорядку в прикордонній сфері України. Зміст, послідовність вирішення поставленої наукової мети віддзеркалюють високий рівень творчого пошуку автора монографії.

© О.І. Остапенко, 2020

* Рецензія на кн.: Курилюк Ю.Б. Державний кордон і правопорядок (законодавство, теорія, практика): монографія. Київ: ВД «Дакор», 2020. 446 с.

Не може не викликати поваги практична нормопроектувальна діяльність автора, який не просто пропонує на сторінках своїх наукових праць відповідні пропозиції щодо внесення змін до чинного законодавства, а й реалізує ці пропозиції шляхом ініціювання внесення суб'єктами законодавчої ініціативи відповідних змін до деяких законів України, що вже схвалені та апробуються, а також безпосереднього опрацювання відомчих нормативно-правових актів, що вже зареєстровані в Міністерстві юстиції України. Зазначене є яскравою ілюстрацією вагомому практичному потенціалу проведеного автором дослідження.

Загалом рецензована монографія залишає по собі позитивне враження. Ю.Б. Курилюк провів значну та корисну роботу щодо виявлення та вирішення положень, що стосуються обраної проблеми. Однак, слід також зазначити, що робота має декілька спірних і дискусійних моментів, проте вони мають виключно науковий аспект і не впливають на загальний високий рівень монографії, а сформульовані висновки слід розцінювати як беззаперечний авторський внесок у юридичну науку.

М.В. СТАРИНСЬКИЙ

Микола Володимирович Старинський, доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри адміністративного, господарського права та фінансово-економічної безпеки Навчально-наукового інституту права Сумського державного університету

ORCID: 0000-0003-2661-5639

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ М.А. ПОЖИДАЄВОЇ «ПЛАТІЖНІ СИСТЕМИ: ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ»*

Виклики сьогодення, зокрема введення та дія карантинних обмежень з метою запобігання глобальному поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, позначилися на істотному зростанні обсягів безконтактних трансакцій у всьому світі. Це пояснюється, у першу чергу, бажанням користувачів зменшити кількість контактів із готівкою та уберегтись від ймовірності зараження коронавірусом через паперові купюри. Також під час прогресуючої діджиталізації зміна платіжних звичок на перевагу безготівковим розрахункам, у тому числі онлайн і безконтактним платежам, пов'язана зі зручністю, оперативністю, безпекою останніх. Саме завдяки стабільно діючим платіжним системам, основним функціональним призначенням яких є переказ коштів, виконуються численні розрахунки за зобов'язаннями та відбувається безперервний грошовий обіг як усередині країни, так і за її межами.

Нині в Україні за даними центрального банку діють різні категорії платіжних систем у загальній кількості – 82, діяльність переважної більшості яких пов'язана з функціонуванням банківської системи України. При цьому слід зауважити, що від рівня надійності та безпечності платіжних систем залежить стабільність фінансової системи та ефективність економіки країни у цілому, а також добробут кожної людини. Водночас, у зв'язку зі збільшенням використання платіжних мобільних додатків для здійснення безготівкових операцій в умовах глобальної пандемії COVID-19, активізувались кібератаки та платіжне шахрайство на базі смартфонів у наслідок застосування підроблених мобільних додатків та фішингових сайтів. Звісно, безпека платежів забезпечується банками-еквайрами, банками-емітентами, іншими учасниками платіжних систем та операторами послуг платіжної інфраструктури, які мають виявляти вразливості сучасних методів захисту платіжних трансакцій та своєчасно їх усувати, а також попереджати можливі супутні ризики та ними управляти. У той же час, сучасний порядок надання платіжних послуг та здійснення платіжних операцій в Україні перебуває в процесі стрімкого розвитку та необхідного реформування застарілого вітчизняного законодавства у сфері регулювання платіжних систем і переказу коштів. Отже, все зазначене вище безпосередньо вказує на актуальність і своєчасність появи комплексного монографічного дослідження, присвяченого темі «Платіжні системи: теоретичні засади та фінансово-правове регулювання в Україні», яке передбачає системне вирішення питань, що стосуються фінансово-правового регулювання відносин у сфері організації, функціонування платіжних систем та здійснення переказу коштів.

Аналізу проблематики функціонування та розвитку платіжних систем, здійснення їх оверсайта (нагляду), використання платіжних інструментів, обігу електронних грошей присвячені переважно економічні наукові праці. Хоча окремі правові питання регулювання діяльності платіжних систем досліджувались і вченими-юристами різних галузей права: Є.О. Алісовим, Т.К. Адабашевим, Д.О. Гетманцевим, А.Т. Ковальчуком, О.А. Лукашевим, А.М. Новицьким, В.О. Рядінською, С.Г. Стеценком, І.О. Трубіним, С.Є. Федоровим та ін. Віддаючи належне важливості проведених досліджень, варто підкреслити, що зараз у наукових колах

© М.В. Старинський, 2020

* Рецензія на кн.: Пожидаєва М.А. Платіжні системи: теоретичні засади та фінансово-правове регулювання в Україні: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2020. 348 с.

немає чітко окресленого підходу до характеристики відносин у сфері організації та функціонування платіжних систем як об'єкта фінансово-правового регулювання, відсутня цілісна теорія платіжних систем, недостатньо уваги приділяється і розкриттю платіжної системи як фінансово-правової категорії через задоволення нею такого важливого публічного фінансового інтересу, як безперебійний переказ коштів, її співвідношенню із суміжними поняттями, зокрема «грошова система», «розрахункова система», «система переказу коштів», визначенню фінансово-правових засад процедури переказу коштів, необхідності виділення та розгляду складових реалізації публічних фінансових інтересів у платіжному просторі України в умовах дії міжнародних та європейських стандартів, Угоди про Асоціацію з Європейським Союзом, розробки нового національного законодавства в сфері платіжних систем і переказу коштів. Таким чином, недостатнє висвітлення в юридичній літературі зазначеної вище тематики, її теоретико-прикладне значення підсилюють актуальність рецензованої монографії.

Авторка на основі комплексного аналізу доктринальних положень правової науки та особливостей правозастосовної практики сформулювала у широкому розумінні цілісну концепцію фінансово-правового регулювання платіжних систем, на підставі якої нею обґрунтовані пропозиції та рекомендації, що спрямовані на вдосконалення вітчизняного законодавства в сфері платіжних систем і переказу коштів. Так, під фінансово-правовим регулюванням платіжних систем авторка розглядає сукупність фінансово-правових норм, що регулюють публічні відносини, які виникають між певними суб'єктами в таких сферах: 1) переказ грошових коштів між платіжною організацією, учасниками/членами платіжних систем, оператором(ами) послуг платіжної інфраструктури та користувачами платіжних послуг; 2) випуск та обіг платіжних інструментів між Національним банком України (далі – НБУ) та платіжною організацією, учасниками/членами платіжних систем, оператором(ами) послуг платіжної інфраструктури, а також між суб'єктами платіжних систем та їх користувачами; 3) виконання встановлених НБУ вимог до організації та функціонування платіжних систем між їх платіжними організаціями, учасниками/членами платіжних систем, операторами послуг платіжної інфраструктури та центральним банком; 4) здійснення НБУ оверсайта (нагляду) платіжних систем між останніми та центральним банком. У монографії ці публічні правовідносини розкриваються у ході авторського дослідження.

Ознайомившись зі змістом монографічної роботи, можна стверджувати, що добре продумана структура монографії, яка складається зі вступу, чотирьох розділів, що включають у себе тринадцять підрозділів, висновків, списку використаних джерел, додатків, дозволила викласти матеріал логічно та послідовно, починаючи від розкриття загальнотеоретичних засад формування фінансово-правової категорії «платіжна система», визначення фінансово-правових меж діяльності платіжних систем в Україні в порівнянні з іншими зарубіжними країнами, а також порядку використання платіжних інструментів до забезпечення публічних фінансових інтересів у платіжному просторі України за національним законодавством з одночасним аналізом його на предмет дотримання міжнародних та європейських стандартів у сфері регулювання платіжних систем та надання платіжних послуг.

Слушною є авторська позиція щодо характеристики переказу коштів як багатостадійної процедури руху коштів від платника до отримувача, що в цілому має публічно-сервісну спрямованість, яку необхідно розглядати через призму категорій «платіжні послуги», «платіжні операції» та «платіжні інструкції». У монографії деталізовано алгоритм послідовних дій при здійсненні платежів, що включає три основні стадії: 1) ініціювання платежу; 2) передача розпоряджень про платіж або комунікаційний обмін платіжною інформацією; 3) механізм розрахунку.

Заслуговує на увагу й авторська аргументація щодо доцільності розгляду правових спорів, які виникають під час переказу коштів та розв'язуються у судовому порядку, через конвергенцію публічного та приватного інтересів у цій сфері. Авторка довела, що регламентація механізму здійснення переказу коштів, незалежно від галузевої приналежності правової природи грошових зобов'язань, завжди є фінансово-правовою з урахуванням публічного інтересу щодо забезпечення платіжними системами безперебійної циркуляції грошових потоків у рамках фінансової системи держави.

Також слід визнати належним методологічний підхід щодо дослідження окреслених вище проблем. Він свідчить про достатній рівень володіння авторкою сучасними методами наукового пізнання. Разом із цим, монографія ґрунтується на аналізі наукової літератури, актів законодавства України та зарубіжних країн, актів Банку міжнародних розрахунків, Європейського Союзу, а також судової практики. Авторка робить власні висновки з усіх проблемних питань, які досліджуються в роботі, що свідчить про творчий характер монографії.

Відзначаючи достатньо високий науковий рівень монографії, виникає потреба висловити окремі міркування, які б поліпшили, на нашу думку, цінність даної праці. В умовах стрімкого розвитку фінансових інформаційних технологій хотілось би більш детального аналізу їхнього впливу на діяльність платіжних систем у правових аспектах. Особливо це стає актуальним з урахуванням того факту, що сучасні технології розвиваються швидше, ніж правове регулювання адаптується до світових тенденцій. Зокрема, з метою правового врегулювання надання платіжних послуг на ринку цифрових активів проаналізувати особливості одночасного прояву подвійної правової природи віртуального активу як цифрового вираження вартості (в якості і віртуальної валюти, і цифрового цінного паперу) та своєрідного засобу обміну.

Висловлена рекомендація не знижує загальної високої оцінки проведеного дослідження. Дану монографію можна вважати певним внеском у розвиток науки фінансового права. Рецензована праця має наукову і практичну цінність, є завершеним та оригінальним дослідженням та буде корисною для використання як в освітніх та наукових цілях, так і для підвищення кваліфікації практичних працівників.

В.І. ТРУБА, С.І. ШИМОН

В'ячеслав Іванович Труба, кандидат юридичних наук, професор, декан Економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова, заслужений юрист України
ORCID: 0000-0001-7782-2166

Світлана Іванівна Шимон, доктор юридичних наук, доцент, завідувачка кафедри підприємницького та корпоративного права Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана
ORCID: 0000-0001-7165-3453

МОДЕРНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ З ІСТОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ ТА НАУКИ*

Увагу вітчизняних правників дедалі більше привертає історія юридичної освіти та науки, що засвідчує прагнення до пізнання власної минувшини, переосмислення предтечі української правознавчої школи. Сучасна українська наука покликана відповідати на виклики епохи та розв'язувати нагальні проблеми суспільного буття, зокрема, реформування вищої юридичної освіти, що неможливо без пізнання історичного досвіду.

Праця Людмили Володимирівни Міхневич, що вийшла друком наприкінці 2019 р., присвячена вивченню та узагальненню досвіду становлення юридичної освіти та науки в найрізноманітніших навчальних закладах поза класичними університетами, що функціонували на теренах України і здійснювали високопрофесійну підготовку юридичних кадрів. Авторка розглядає діяльність привілейованих ліцеїв, вищих училищ, гімназій вищих наук – у XIX ст., вищих жіночих курсів, спеціалізованих, зокрема юридичних, дипломатичних та комерційних інститутів – на початку XX ст.; юридичних факультетів інститутів народного господарства та відомчих юридичних курсів – у 20-ті роки минулого століття. Ці заклади за своїм значенням у розвитку правничої освіти, за визначенням авторки, посідали провідні місця серед вишів держави. Численні інноваційні освітянські методики та навчальні комплекси з правознавчих дисциплін, які розроблялися професорами цих закладів, як це не прикро, або втрачені, або приховані в архівах. Водночас серед викладачів цих закладів були відомі вчені, надбаннями яких і нині пишається вітчизняна юридична наука. Ці науковці, як підтверджує цей фундаментальний твір, творчо і плідно розробляли актуальні проблеми правознавства нарівні з ученими-юристами країн Західної Європи і внесли помітний вклад у скарбницю світової юридичної доктрини.

На превеликий жаль, через загальний процес нищення української науки в 1930-х рр., більшість із цих правників були марно знеславлені чи фізично знищені, а отже, значна частина їхнього наукового доробку й досі невідома нашим сучасникам. Натомість рецензована праця вивільняє шлях до пізнання значної кількості невідомих донині наукових праць вже знаних для нас авторів, виявляє нові прізвища, що заслуговують на шану в науковому світі. Відкриттям для читачів стануть методики викладання правознавчих дисциплін, що розроблялися і впроваджувалися в освітній процес сторічної давнини, адже багато з них ми сьогодні вважаємо інноваційними.

Усе це засвідчує й наукову, і практичну цінність монографічного дослідження Л.В. Міхневич, його надзвичайну актуальність, адже сьогодні як ніколи юридичній освіті та науці необхідна взаємодія з правничою школою минулого, вивчення її досвіду, використання академічних здобутків для оновлення системи вищої освіти та покращення процесу підготовки правознавців.

Відомо, що цінність будь-якої історико-правової праці визначається використанням джерел, передусім, архівних документів, які проаналізовані автором та уведені в науковий обіг. Представлена ж до уваги громадськості монографія спирається на величезний масив архівних документів (опрацьовано понад 300 справ із понад 30 фондів семи архівних установ України). Така праця є помітним явищем в історико-правовій науці. Дослідницею залучено до аналізу численні нормативні документи у сфері науки та освіти дореволюційної та радянської доби, дореволюційні та радянські періодичні і продовжувані видання, довідкову літературу. Особливою окрасою праці видаються матеріали з джерел особового походження – спогадів, мемуарів, щоденників, листів.

Яскраво характеризує цінність монографії список використаної літератури: при написанні праці авторка зверталася як до здобутків історико-правової, історичної й педагогічної науки, так і до наукових розвідок представників галузевих юридичних наук. Ідеться про праці вчених-юристів у сфері державного, адміністративного, земельного, кримінального, цивільного, торгового, сімейного, міжнародного права та цивільного і кримінального процесів. Масштаби джерельної бази вражають (вона налічує 1762 найменування). Варто

© В.І. Труба, С.І. Шимон, 2020

* Рецензія на кн.: Міхневич Л.В. Юридична освіта та наука в Україні поза класичними університетами (XIX ст. – 30-ті роки XX ст.): монографія. Київ: Четверта хвиля, 2019. 748 с.

звернути особливу увагу на додатки до монографії; переконливими є їх кількість (37 таблиць на 70 сторінках) та, насамперед, неординарне змістовне наповнення, що свідчить про високий рівень пошукової роботи авторки, яка переважно більшість таблиць сформувала, спираючись на віднайдені нею архівні джерела.

Важливо, що проблематика, яка є предметом монографічного дослідження, у вітчизняній правовій науці раніше не піддавалася комплексному вивченню. Тож авторка розкриває проблему, починаючи від становлення тогочасного освітнього законодавства, формування системи вищої юридичної освіти і науки і передумов виникнення юриспруденції поза межами університетів. Вона досліджує не лише досвід діяльності окремих вишів, а й особливості освітніх реформ, їхнє правове забезпечення, державну освітню політику урядів різних історичних епох.

Дослідниця висвітлила юридичну складову освіти і науки в усіх чотирьох українських (за територією) ліцеях, які підпорядковувалися владі Російської та Австрійської імперій. Обґрунтованими є висновки авторки про беззаперечність внеску українських ліцеїв в XIX ст. до скарбівниці вітчизняної юридичної освіти і науки. Як елітарні виші загальноосвітнього напрямку вони перетворилися в утилітарні заклади. Не конкуруючи з юридичними факультетами університетів, але спільно із ними, ліцеї здійснювали підготовку фахівців у галузі юриспруденції, і врешті держава отримувала юристів широкого профілю (випускники університетів) та юристів-практиків (випускники ліцеїв). Значущим видається висновок, що діяльність Львівського ліцею забезпечила галичанам доступ до фахової юридичної освіти та безперервність розвитку вищої юридичної освіти у Львові.

Цікавими є висновки авторки й про наслідки зміни вектора державної освітньої політики в кінці XIX – на початку XX століття. Зокрема, нові тенденції в розвитку вищої школи – формування окремих її ланок (жіночої та професійної), заснування низки громадських та приватних вишів тощо відкрили доступ до вищої школи представників широких верств населення, тим самим скасували національні, гендерні, станові та інші обмеження.

З великим інтересом сприймається матеріал про жіночу юридичну освіту. Відзначаючи складний, але прогресивний і поступальний характер її розвитку, авторка зауважує, що юридичні відділення жіночих курсів у Києві та Одесі відкрили сотням українських жінок доступ до якісної юридичної освіти та дозволили їм здійснити їх права на професію юриста. Особливо цікаво рецензенту листати сторінки історії юридичної освіти одеситок, відтвореної переважно на основі архівних пошуків.

Захоплююча історія діяльності інноваційних закладів початку XX ст. спонукала авторку до висновків, що національна освітня система має пишатися такими вишами, де було створено фундамент освітньої парадигми сучасної вищої школи: рівність за статевим та національним принципом, спрямування освіти на вирішення проблеми якості навчання, підтримка осіб із високим освітнім потенціалом. По крихтах зібраний матеріал про Одеський міжнародний інститут, дав можливість авторці віддати Одесі першість у започаткуванні вітчизняної професійної підготовки юристів для дипломатичної сфери. Не менш креативні висновки зроблені й про Київський юридичний інститут, у діяльності якого були реалізовані унікальні ідеї організації вищої юридичної освіти та науки вченого зі світовим ім'ям В.І. Синайського. У позитивному сенсі схарактеризований і досвід діяльності Київського та Харківського комерційних інститутів, які за визначенням авторки, готували фахівців за інноваційним економіко-юридичним напрямом освіти, який до цього не здійснював жоден заклад держави.

Аналіз суперечливих реформ юридичної освіти і науки раннього радянського періоду теж посів гідне місце в рецензованій монографії. Варто погодитися з авторкою, що радянська науково-освітня концепція отримала неоднозначні, часом полярні, оцінки. Попри це, в роботі описані як позитивні, так і негативні наслідки цих реформ, які є достатньо обґрунтованими. Заслужують на підтримку спроби авторки визначити концептуальні засади організації правової науки у 1920-х роках. Спираючись на архівні джерела, авторка вперше розкриває читачеві досвід функціонування науково-дослідних кафедр «Проблем сучасного права» та «Сучасних правових проблем», які діяли при правових факультетах ХІНГ а ОІНГ, який раніше не висвітлювався в науковій літературі або висвітлювався недостатньо. Саме в цих установах, за висновками авторки, були закладені основи радянської правової науки та започатковані київська, харківська та одеська юридичні школи.

Окрема увага відведена в праці творчій спадщині і впливу здобутків учених-юристів досліджуваних закладів на розвиток української юридичної науки. Погодимось й зі зробленими у монографії висновками про велику наукову і практичну цінність праць учених із різних галузей правової науки.

Особливий інтерес викликає конклюденція про життя юристів, а висвітлені авторкою сторінки трагічної долі правознавців, не залишають байдужим жодного читача, радше вразять масштабом утрат, які понесла українська правова наука.

Без сумніву, монографія віддзеркалює нові науково обґрунтовані результати, що в сукупності своїй вирішують конкретну правову задачу історико-правового дослідження історії розвитку юридичної науки і освіти поза класичними університетами, яка має суттєве значення для науки історії держави і права. Праця відзначається високою якістю наукового пошуку, академічним стилем письмового мовлення; матеріал викладається послідовно, дослідницькі міркування обґрунтовані, науково виважені, разом із тим доступні для сприйняття не лише правознавців, а й інших фахівців і пересічних читачів.

Високо оцінюючи монографію Л.В. Міхневич, зауважимо, що, як і будь-яка наукова праця, вона ймовірно містить окремі положення, які спонукають дискусії серед знавців історії права. На нашу думку, вони лише поживлять науковий інтерес до питань, які стали предметом розгляду, та істотно сприятимуть розвію правової думки в Україні.

СЛАВНИЙ ЮВІЛЕЙ ЗНАНОГО ЦИВІЛІСТА І.А. БІРЮКОВА



У травні 2020 р. виповнилося 80 років відомому правознавцю, фахівцю у галузі цивільного права, професору Івану Андрійовичу Бірюкову. Водночас він відзначив і 45-річчя науково-педагогічної діяльності.

Вся викладацька кар'єра ювіляра (від 1974 р.) пов'язана з провідним юридичним вишем – Національною академією внутрішніх справ, яка на початку 70-х років ХХ ст. (тоді це була КВШ МВС СРСР) проходила етап становлення. Саме тоді починала складатися і цивілістична школа. Так, створена 1971 р. кафедра цивільного права об'єднувала талановитих викладачів І.А. Дмитренко (начальник кафедри), Ю.П. Косміна, М.Т. Оридорогу, Л.П. Колеснікова, О.М. Співака та ін., які не лише забезпечували навчальний процес, а й розробляли нагальні проблеми цивільного права. І.А. Бірюков, маючи за плечима значний досвід роботи суддею, та сформований правовий світогляд, зокрема як провідний спеціаліст міністерства юстиції (1972–1974), був обізнаний у сучасних правових реаліях, став значним кадровим підсиленням. Важливими чинниками, які істотно сприяли примноженню наукового потенціалу кафедри, стали любов до науки цивільного права та продемонстровані ще на студентсь-

кій лаві здібності до наукової творчості.

Помітною віхою у фаховому зростанні І.А. Бірюкова став захист дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (1983), науковим керівником якої був відомий цивіліст, начальник кафедри цивільного права Академії МВС СРСР М.П. Волошин. Захист дисертації відбувся в МДУ ім. М.В. Ломоносова, головою Спеціалізованої вченої ради на той час був професор В.П. Грібанов, а офіційними опонентами – професор С.М. Корнєєв і доцент Н.Є. Автаєва. Низка положень виданого за результатами дослідження посібника «Договір забезпечення пожежної безпеки об'єктів народного господарства», попри зміну реалій, і нині не втратила своєї актуальності.

1991 р. І.А. Бірюкову присвоєно вчене звання доцента та спеціальне звання полковник міліції; 2006 р. – вчене звання професора.

Нині кафедра цивільного права і процесу НАВС (у різні роки її очолювали професор В.С. Гопанчук (1996–2004), доцент О.І. Якимець (2004–2010), професор Ю.О. Заїка (2010–2015), професор С.С. Бичкова (2015– т.ч.)), є одним із ключових центрів цивілістичної науки України, а її здобутки, внесок ювіляра у які є беззаперечним, дістали своє визнання в науковому й освітньому середовищі.

За роки існування кафедри викладачами, ад'юнктами, аспірантами та здобувачами захищено шість докторських і понад 60 кандидатських дисертацій. Науковим керівником і натхненником десяти з них є професор Бірюков.

Творчий доробок І.А. Бірюкова становлять більш як 100 праць, серед яких монографічні розробки проблемних питань цивілістичної науки і практики, підручники, методичні матеріали, доповіді, статті у провідних фахових журналах. Він є автором ключових розділів у всіх підручниках, і навчальних посібниках, підготовлених на кафедрі, зокрема, рекомендованих Міністерством освіти і науки України як підручники для студентів вищих навчальних закладів та таких, що отримали визнання далеко поза межами академії.

Серед них особливе місце посідають «Сімейне право України» (2002), який є першим у новітній історії України підручником із сімейного права, де Іван Андрійович з надзвичайним натхненням написав глави «Особисті права та обов'язки подружжя» і «Опіка, піклування та патронат над дітьми». Підручник завоював надзвичайно високий авторитет у наукових колах. Висловлені ним цікаві ідеї і нетрадиційні положення цитували у своїх працях відомі українські вчені-цивілісти – розробник проекту Сімейного кодексу проф. З.В. Ромовська, професори Ю.С. Червоний, Є.О. Харитонов та ін¹.

Значний позитивний резонанс мали підручники «Цивільне право України. Загальна частина» за ред. І.А. Бірюкова, Ю.О. Заїки (2006, 2014), «Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання» за ред. С.С. Бичкової (2006, 2014).

Так, саме завдяки його значному внеску в написання та редагування підручника «Цивільне право України. Загальна частина», який витримав уже три видання, останній був відзначений спеціальною відзнакою VI Всеукраїнського конкурсу на краще юридичне видання «За розробку сучасної концепції викладання цивільного права» (2006) та першою відзнакою конкурсу МВС України на краще наукове, навчальне та періодичне видання в системі МВС (2008).

¹ Заїка Ю.О. На ювілей колеги і товариша. Бірюков Іван Андрійович: до 70-річчя від дня народження і 35-річчя науково-педагогічної діяльності. Київ, 2010. С. 29.

За роки викладання професора Бірюкова основи цивільного права опанували більш як 10 000 курсантів і студентів, а, враховуючи всіх, хто готувався до іспитів за підручниками та посібниками, починаючи з найпопулярнішого на початку 90-х років ХХ ст. «Гражданское право в вопросах и ответах» (1992), їх кількість є значно більшою.

У 2009 р. наказом № 377 Київського національного університету внутрішніх справ відзначений Дипломом за сумлінне ставлення до виконання функціональних обов'язків, професіоналізм, високі показники у службовій, навчально-педагогічній діяльності, особистий внесок у розвиток матеріально-технічної бази університету, із занесенням на Дошку пошани університету. 2020 р. нагороджений почесною грамотою НАВС за надзвичайно вагомий багаторічний внесок в утвердження і розвиток вітчизняної юридичної освіти та науки, безпосередню участь у підготовці висококваліфікованих правників різних поколінь, становлення Академії і зміцнення її авторитету. Нагороджений 5 медалями.

Для наукових праць І.А. Бірюкова характерна актуальність, новизна підходу, ясність наукових позицій, філософське підґрунтя, фундаментальність висновків.

Всі, кому випадає нагода зустрічатись з професором Бірюковим на професійному чи побутовому рівнях, у справах чи на відпочинку, відзначають його глибокі знання, широту юридичного мислення, життєву мудрість, інтелігентність, скромність.

Попри поважний вік він продовжує працювати над проблемними питаннями цивілістичної доктрини, з висоти своїх літ, досвіду, ерудиції досліджувати глибинні основи приватного права, здійснювати наукове керівництво аспірантами.

*Колектив Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України
Колектив Київського університету права НАН України
Редколегія «Часопису Київського університету права»*

СВІТЛИЙ ПАМ'ЯТІ ЮРІЯ ІСАЙОВИЧА НИПОРКА



20 червня 2020 р. перестало битися серце Юрія Ісайовича Нипорка – відомого українського юриста-міжнародника та компаративіста, кандидата юридичних наук, старшого наукового співробітника Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, доцента кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України. Пішов із життя талановитий вчений, досвідчений педагог, прекрасний друг, дбайливий батько і дідусь, просто світла і надзвичайно хороша людина.

Юрій Ісайович народився 18 грудня 1936 р. у місті Києві. Вищу освіту здобув у Московському державному інституті міжнародних відносин, який закінчив у 1961 р. Трудову діяльність розпочав як проходчик треста «Тулшахтстрой» у місті Москва. У 1963–1964 рр. працював редактором-кореспондентом Радіоелеграфного агентства України (РАТАУ), у 1964–1970 рр. – редактором та старшим редактором Видавництва політичної літератури України.

З 1970 р. життя та наукова діяльність Юрія Ісайовича були нерозривно пов'язані з Інститутом держави і права АН УРСР (нині – Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України). Тут він пройшов шлях від молодшого наукового співробітника до старшого наукового співробітника, авторитетного і відомого фахівця у сфері міжнародного права та порівняльного правознавства. У 1978 р. Юрій Ісайович успішно захистив кандидатську дисертацію, присвячену правовому регулюванню взаємовідносин між Президентом та Конгресом США у галузі зовнішньої політики, а згодом опублікував підготовлену на її основі індивідуальну монографію.

Науковий доробок Юрія Ісайовича Нипорка складає понад 150 наукових праць – розділи в колективних монографіях, наукові статті у провідних юридичних виданнях, брошури, статті-терміни, присвячені розкриттю змісту основних міжнародно-правових понять та категорій до «Української радянської енциклопедії», «Юридичного словника-довідника», шеститомної «Юридичної енциклопедії» та тритомної «Енциклопедії міжнародного права».

У 2003 р. Юрій Ісайович перейшов на викладацьку роботу до Київського університету права НАН України, обійнявши посаду доцента кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства, проте не пориваючи зв'язку з Інститутом держави і права імені В.М. Корецького, де він залишався працювати на умовах сумісництва, а в останні роки – на громадських засадах. В Університеті Юрій Ісайович користувався заслуженою повагою та любов'ю як студентів, так і викладачів, поєднуючи величезні знання, якими охоче ділився з усіма бажаними, і водночас надзвичайну людяність і доброзичливість.

Висловлюємо щирі співчуття рідним і близьким покійного. Світла пам'ять про Юрія Ісайовича Нипорка назавжди залишиться у наших серцях.

*Колектив Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України
Колектив Київського університету права НАН України
Редколегія «Часопису Київського університету права»*

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);

– ORCID;

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (500–700 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– розширена анотація (1–1,5 сторінки: шрифт – 14 pt; інтервал між рядками – 1,5 pt) 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.

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 кінцеві або посторінкові виноски – арабськими цифрами в автоматичному режимі.

Опис використаних джерел подається мовою оригіналу і оформлюється відповідно до Національного стандарту України ДСТУ 8302:2015.

3.3. Після опису використаних джерел подається References – список використаних джерел, транслітерований латиницею і оформлений відповідно до міжнародного стилю оформлення наукових публікацій APA (American Psychological Association) style. Назви періодичних видань (журналів) наводяться відповідно до офіційного латинського написання за номером реєстрації ISSN. До джерела необхідно додати позначення про мову оригіналу (наприклад: [in Ukrainian]) і цифровий ідентифікатор DOI (в разі наявності).

3.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноски.

4. Обсяг авторських рукописів. Орієнтовний обсяг статті – 10–15 сторінок (20–30 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – 3–5 сторінок.

Матеріали, надані з порушенням зазначених вимог, не публікуються.

Редакція залишає за собою право відхиляти 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 відхиляти статті.

Публікації здійснюються на платній основі.

**«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань
за спеціальністю «Юридичні науки», категорія «Б»
(наказ Міністерства освіти і науки України № 1643 від 28.12.2019)**

**«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.: 044-235-63-24, 097-431-97-77
www.chasprava.com.ua 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