

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2020/3

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 № 6 від 24.09.2020)
Вченою радою Київського університету права НАН України
(протокол № 1 від 06.10.2020)

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., Шемчученко Ю.С.</i> Київський університет права НАН України – чверть століття на службі юридичної освіти та науки України	11
<i>Шемчученко Ю.С.</i> Академік Борис Патон і юридична наука	17
Теорія та історія держави і права. Філософія права	
<i>Онїщенко Н.М.</i> Сучасний гендерний контекст: новели, перспективи, дискусії	22
<i>Пархоменко Н.М.</i> Єдність судової практики як складова правового регулювання	26
<i>Подорожна Т.С., Котуха О.С.</i> «Живе право» та права людини як ціннісна система координат	30
<i>Фурса С.Я., Фурса Є.І.</i> Філософія права в процесі реформування правової системи України: теорія і практика	35
<i>Барабаш О.О., Забзалюк Д.Є.</i> Система підготовки майбутніх співробітників органів внутрішніх справ України: впровадження компетентнісного підходу	40
<i>Самойленко О.О.</i> Біля витоків ювенальної юстиції – життя та доля Валерія Михайловича Левитського	45
<i>Шандула О.О.</i> Адвокатська монополія: національні тенденції та зарубіжний досвід	50
<i>Шаркова І.М.</i> Образ добросовісного суб'єкта права в історії правової культури: виокремлення універсальних критеріїв	56
<i>Дзіковський М.Р.</i> Судова система Австрії за Конституцією 1867 року	60
<i>Лесик О.В.</i> Становлення правового регулювання земельних відносин в Польщі (1919–1921 рр.)	65
<i>Тартасюк В.Ю.</i> Різноманітність правових систем у тоталітарному і демократичному суспільствах	71
Конституційне право. Муніципальне право	
<i>Шатіло В.А.</i> Вплив законодавчого процесу на розвиток конституційного механізму державної влади	75
<i>Аблязов Д.Е.</i> Поняття та законодавче забезпечення конституційного права людини на самозахист	79
<i>Батанова Н.М.</i> Феномен конституційно-правової відповідальності: аксіологічний потенціал та проблеми ефективності реалізації	83
<i>Верлос Н.В.</i> Рецепція в конституційному праві: проблеми визначення доктринальної дефініції	88
<i>Шапаренко О.А.</i> Проблеми розподілу керівних посад парламентських комітетів та шляхи їх вирішення	93
Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право	
<i>Ісаєва Н.К.</i> Деякі питання правового регулювання державних фондів як основи фінансової діяльності держави в сучасний період	97
<i>Коссе Д.Д.</i> Правовий режим контролю адміністрування доходів фізичних осіб резидентів України, отриманих поза межами України (валютне та банківське забезпечення)	100
<i>Петрина В.Н.</i> Інвестиційна діяльність як предмет правового регулювання	109
<i>Токарева К.С.</i> Питання об'єкта адміністративно-правового регулювання медіації	115
<i>Шокрута В.А.</i> Особливості правової регламентації порядку проведення камеральної перевірки та оскарження її результатів під час карантину	121
Проблеми цивільного, господарського, трудового права та права соціального забезпечення в Україні	
<i>Вакарюк Л.В.</i> Інформаційні правовідносини в трудовому праві крізь призму трудової інформації	125
<i>Джавадов Х.Д.</i> К вопросу о новых методологических основаниях исследования проблемы эффективности гражданского судопроизводства	131
<i>Kostruba A.V.</i> Liability of corporate officials in the field of corporate governance. Modern tendencies	136
<i>Куріло М.П., Шаповал М.М.</i> Мета підготовчого провадження в цивільному судочинстві	141
<i>Бутинська Р.Я.</i> Актуальні питання гармонізації трудового законодавства в умовах євроінтеграції	146
<i>Гулик А.Г.</i> Касація в системі оптимального інстанційного перегляду судових рішень у цивільному судочинстві	150
<i>Дорошенко Л.М., Пилявець В.В.</i> Визначення справедливої ціни обов'язкового продажу акцій	156
<i>Корунчак Л.А.</i> Заходи процесуального примусу в цивільному та господарському судочинстві: правава природа	162
<i>Мельниченко О.В.</i> Спільна сумісна власність подружжя: суперечлива судова практика	166
<i>Рабовська С.Я.</i> Консультативна робота адвоката у виконавчому процесі на прикладі провадження про виконання рішення суду щодо пенсійних виплат	170
<i>Сеник С.В.</i> Виконавчість як ознака законної сили судових актів у цивільному процесі України у контексті застосування статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (на матеріалах практики Європейського суду з прав людини)	175
<i>Шабанова С.О.</i> Недостатня кваліфікація працівника як підстава розірвання трудового договору	181
<i>Щербак С.В.</i> Наука виконавчого процесу: передумови виникнення	186
<i>Бордюк Т.О.</i> Спадкування за заповітом та за правом на обов'язкову частку дітьми	193
<i>Галіян І.М.</i> Медіація та консиліація як примирні процедури внутрішнього корпоративного конфлікту	201
<i>Гладитейн А.Л.</i> Особливості вирішення спорів у регіональних торговельних угодах	206
<i>Данилова І.О.</i> Щодо окремих проблем функціонування та правового регулювання діяльності водного транспорту України	213

<i>Мельник І.І.</i> Позитивне забезпечення охорони прав позичальників споживчих кредитів	218
<i>Менюк Д.О.</i> Реалізація принципу об'єктивної істини при перегляді судових рішень у цивільному процесі України	223
<i>Олійник Л.А.</i> Окремі аспекти відшкодування моральної шкоди суб'єктам господарювання у практиці європейського суду з прав людини	227
<i>Часовников Д.В.</i> Підстави застосування адміністративно-господарських санкцій на ринку цінних паперів	233
Проблеми права інтелектуальної власності	
<i>Бошицький Ю.Л.</i> Деякі організаційно-правові аспекти удосконалення правової охорони інтелектуальної власності в сучасній Україні	239
<i>Будка Р.В.</i> Правова охорона авторського права і суміжних прав у Чеській Республіці та досвід України	247
<i>Вішар Ю.Ю.</i> Правовий блокчейн квалітативного патентування об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби	253
<i>Кузьмич І.І.</i> Законодавча конвергенція щодо патентування об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології	259
<i>Тимошенко Є.А.</i> Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкту правовідносин	264
Аграрне, земельне та екологічне право	
<i>Бусуйок Д.В.</i> Види медіації як форми вирішення земельних спорів	268
Кримінальне право та кримінологія	
<i>Лисодед О.В.</i> Служба пробації Латвії: правові засади діяльності	273
<i>Сіроткіна М.В.</i> Поняття та зміст правового компромісу у кримінальному процесі: концептуальні підходи	280
<i>Ховлун О.С.; Домбровська О.В., Муляр Г.В.</i> Кримінальні правопорушення у сфері інформаційних технологій: особливості розслідування	285
<i>Часова Т.О., Савчук М.А.</i> Забезпечення прав та свобод особи під час повідомлення про підозру	289
<i>Андросович Л.Г.</i> Актуальні питання протидії організованій злочинності у фінансовій сфері: міжнародний аспект	292
<i>Бабій А.Ю.</i> Екстремізм як соціальне явище і правова категорія	296
<i>Бурда О.М.</i> Загальносоціальні заходи запобігання крадіжкам у мережі роздрібної торгівлі	303
<i>Семенюк І.М.</i> Досвід Європейського суду з прав людини щодо обґрунтування відповідних рішень в аспекті положень про звільнення засуджених від покарання	309
<i>Тарасенко О.Ю.</i> Аналіз призначення покарання за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами	313
<i>Шрамова О.С.</i> Справа про початок людського життя	320
Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство	
<i>Малишева Н.Р., Гурова А.М.</i> Правові засади кібербезпеки космічної діяльності в США: досвід для України	325
<i>Медведева М.О.</i> Юрисдикційні питання у справі <i>Ogoni</i>	332
<i>Mushak N.B., Zaporozhets A.Y.</i> Law Enforcement Cooperation of the Member States of the European Union	338
<i>Софінська І.Д.</i> Паспорт: глобальні виклики – локальні рішення	342
<i>Шпакович О.М., Пеньковська С.М.</i> Співвідношення суверенітету держав-членів і наднаціональності міжнародних організацій	349
<i>Шумило М.М.</i> Соціальна доктрина католицької церкви як першооснова виникнення правового регулювання у сфері соціального захисту в Європі	353
<i>Грамацький Е.М.</i> Євроінтеграційні процеси та міжнародне приватне право: окремі аспекти	357
<i>Ляшенко Р.Д., Добровінський М.М.</i> Тлумачення Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод у світлі сучасних концепцій праворозуміння	361
<i>Панченко І.М.</i> Проблеми делімітації Азовського моря та Керченської протоки	365
<i>Переверзева О.С., Гаджієв В.Ф.</i> Особливості правової природи Міжнародної групи з протидії відмиванню брудних грошей (ФАТФ)	370
<i>Плахотнюк Н.В., Іржова М.А.</i> Юрисдикція міжнародного кримінального суду щодо злочину агресії	374
<i>Харчук О.О.</i> Економічна складова реалізації сталого розвитку	378
<i>Задорожній О.О.</i> Приватні космічні польоти: правове регулювання в США	382
<i>Музыка V.V.</i> New wine in old bottles: applicability of the rules on attribution to cyber attacks committed against objects of critical infrastructure	388
<i>Овечкіна О.С.</i> Способи вирішення колізійних питань статусу юридичних осіб у праві ЄС та в законодавстві деяких його держав-членів	392
<i>Петренко А.А.</i> Акти ОЕСР як інструменти м'якого міжнародного права	398
<i>Салаев Т.Г.</i> Опыт зарубежных стран в контексте усовершенствования административно-правового обеспечения информационной безопасности в таможенной сфере Украины	403
Юридична освіта	
<i>Назаров І.В.</i> Вища освіта та академічна доброчесність – проблеми поєднання	408

Юридична практика

<i>Lytvynenko A.A.</i> Data retention of an unconvicted elderly activist violates his right to privacy: Catt v. United Kingdom (2019)	413
---	-----

Гість номера

<i>Оніщук М.В., Савчин М.В.</i> Пряма дія Конституції та імплементація її положень в адміністративному судочинстві	419
<i>Сиренко В.Ф.</i> Критические заметки к вопросу о реализации политической власти	427

Студентська трибуна

<i>Дордука Т.С.</i> Адміністративно-правовий статус громадян України-трудомих мігрантів у країнах ЄС	435
<i>Malzani Y.Y.</i> Establishment of the Community acquis in the field of health care	439
<i>Олексішин С.З.</i> Доступ до конвенційних прав шукачів притулку: вибрана практика Європейського суду з прав людини	443

Рецензії

<i>Ільницький О.В.</i> Рецензія на монографію Н.Б. Писаренко «Засади адміністративного судочинства (сучасний український контекст)»	448
---	-----

Редакційні повідомлення	450
--------------------------------------	-----

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 30.10.2020. Формат 60×84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 52,3. Обл.-вид. арк. 62,5. 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

2020/3

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 № 6, 2020/09/24)
Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine Academic Council
(protocol № 1, 2020/10/06)

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 Boshytsky, Yuriy Shemshuchenko. Kyiv University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine: 25 years in the service of legal education and jurisprudence of Ukraine</i>	11
<i>Yuriy Shemshuchenko. Academician Boris Paton and jurisprudence</i>	17
State and law theory and history. Philosophy of law	
<i>Nataliia Onishchenko. Contemporary gender context: novelties, perspectives, discussions</i>	22
<i>Nataliia Parkchomenko. The cohesion of trial practice as a component of legislation</i>	26
<i>Tetiana Podorozhna, Oleksandr Kotukha. “Living law” and human rights as a value-based coordinate system</i>	30
<i>Svitlana Fursa, Yevhen Fursa. Philosophy of law in the process of reforming the legal system of Ukraine: theory and practice</i>	35
<i>Olha Barabash, Dmytro Zabzaliuk. The system of training future law enforcement officers in Ukraine: implementing the competence approach</i>	40
<i>Olena Samoilenko. At the origins of juvenile justice – the life and fate of Valery Mikhailovich Levitsky</i>	45
<i>Oleksandr Shandula. Monopoly of advocates: national trends and foreign experience</i>	50
<i>Iryna Sharkova. Image of Good Faith Subjects of Law in Legal Cultural History: Definition of Universal Standards</i>	56
<i>Maksym Dzikovskiy. Austrian judicial system of 1867</i>	60
<i>Oksana Lesyk. Formation of legal regulation of land relations in Poland (1919–1921)</i>	65
<i>Volodymyr Tartasiuk. Diversity of legal systems in a totalitarian and democratic society</i>	71
Constitutional law. Municipal law	
<i>Volodymyr Shatilo. The influence of the legislative process on the development of the constitutional mechanism of state power</i>	75
<i>Denys Abliazov. Definition and legislative support of the constitutional human right to self-defense</i>	79
<i>Nataliia Batanova. The phenomenon of constitutional and legal responsibility: axiological potential and problems of implementation efficiency</i>	83
<i>Natalia Verlos. Reception in constitutional law: the problems of providing the doctrinal definition</i>	88
<i>Alexander Shaparenko. Problems of distribution of leading positions of parliamentary committees and ways to solve them</i>	93
State governing and administrative law issues. Financial law. Information law	
<i>Nataliya Isaeva. Some issues of legal regulation of state funds in Ukraine as the basis of financial activity of the state in the modern period</i>	97
<i>Dmytro Kosse. Legal regime of control over the administration of income of individuals resident in Ukraine, received outside Ukraine (currency and banking)</i>	100
<i>Volodymyr Petryna. Investment Activities as the Subject Matter of Legal Regulation</i>	109
<i>Kseniia Tokarieva. Issues of the object of administrative and legal regulation of mediation</i>	115
<i>Valentyna Shokruta. Distinctions of legal regulation of the procedures for conducting an in-house audit and appealing its results during the isolation period</i>	121
The issues of civil law, commercial law, labour law and social security law of Ukraine	
<i>Lyudmila Vakaryuk. Information legal relations in labor law through the prism of labor legal information</i>	125
<i>Hikmat Javadov. On the matter of new methodological grounds for the study of the issue of the efficiency of civil procedure</i>	131
<i>Anatolii Kostruba. Liability of Corporate Officials in the Field of Corporate Governance. Modern Tendencies</i>	136
<i>Mykola Kurylo, Mykola Shapoval. The purposes of preparatory proceedings in civil proceedings</i>	141
<i>Roksolana Butynska. The current issues of harmonization of labor legislation in the context of eurointegration</i>	146
<i>Andriy Gulyk. Cassation in the system of optimal instance review of judicial decisions in civil proceedings</i>	150
<i>Lina Doroshenko, Vadym Pilyavets. Determining the fair price of mandatory sale of shares</i>	156
<i>Larysa Korunchak. Measures of procedural enforcement in civil and economic legislation: legal nature</i>	162
<i>Oksana Melnychenko. Community property of spouses: controversial judicial practice</i>	166
<i>Svitlana Rabovska. Advisory working of attorney in the enforcement process on the example of case about execution of a judgement’s decision regarding pension payments</i>	170
<i>Svitlana Senyk. Enforceability as a means of legal force of judicial acts in the civil process of Ukraine in the context of application of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (based on the case law of the European Court of Human Rights)</i>	175
<i>Sophiia Shabanova. Insufficient qualification of worker as founding of labour contract</i>	181
<i>Svitlana Shcherbak. The science of the executive process: the prerequisites</i>	186
<i>Tetiana Bordiug. Substantive legal aspects of children’s participation in hereditary legal relations</i>	193
<i>Igor Haliian. Mediation and conciliation as separate intercorporate conciliatory procedures</i>	201
<i>Anna Gladshstein. Dispute resolutions patterns under regional trade agreements</i>	206
<i>Iryna Danilova. On certain problems of functioning and legal regulation of water transport activities of Ukraine</i>	213
<i>Ivanna Melnyk. Positive protection of the rights of borrowers of consumer loans</i>	218

<i>Daryna Meniuk</i> . The implementation of the principle of objectivity of truth in the review of court decisions in the civil process of Ukraine	223
<i>Liliia Oliinyk</i> . Certain aspects of compensation for the non-pecuniary damage to business entities according to the European Court of Human Rights' judgments	227
<i>Dmytro Chasovnykov</i> . Grounds for imposing administrative economic sanctions in the securities market	233
Intellectual property law issues	
<i>Yuriy Boshytsky</i> . Some organizational and legal aspects of improving the legal protection of intellectual property in modern Ukraine	239
<i>Ruslan Boudka</i> . Legal protection of copyright and related rights in the Czech Republic and the experience of Ukraine	247
<i>Iuliia Vishar</i> . Legal differentiation in the case of domestic legislative default in the field of intellectual property for medicines	253
<i>Iryna Kuzmych</i> . Legislative convergence on patenting of intellectual property on biotechnology	259
<i>Yelizaveta Tymoshenko</i> . The problem of determining the right of virtual property as an object of legal relations	264
Agricultural, land and environmental law	
<i>Diana Busuiok</i> . Types of mediation as a form of resolving land disputes	268
Criminal law and criminology	
<i>Oleksandr Lysodyed</i> . Probation Service of Latvia: Legal Basis of Activity	273
<i>Mariia Sirotkina</i> . Concept and content of legal compromise in criminal procedure: conceptual approaches	280
<i>Oleksii Khovpun, Oksana Dombrovska, Galyna Muliar</i> . Criminal offenses in the field of information technology: features of the investigation	285
<i>Tetiana Chasova, Maryna Savchuk</i> . Ensuring the rights and freedoms of the person during the notification of suspicion	289
<i>Lyubov Androsovyich</i> . Topical issues of combating organized crime in the financial sphere: the international aspect	292
<i>Alla Babii</i> . Extremism as a social phenomenon and a legal category	296
<i>Oleksandr Burda</i> . Community-wide measures to prevent retail theft	303
<i>Iryna Semeniuk</i> . The experience of the European Court of Human Rights in substantiating relevant decisions in the aspect of the provisions on the release of convicts from punishment	309
<i>Olena Tarasenko</i> . Analysis of penalties imposed for violations of traffic or traffic safety regulations by persons who drive vehicles	313
<i>Oleksandra Shramova</i> . Case about the beginning of human life	320
The legal system of Ukraine and international law, comparative legal studies	
<i>Nataliia Malysheva, Anna Hurova</i> . Legal Framework of the Space Activity Cybersecurity in the USA: Experience for Ukraine	325
<i>Maryna Medvedieva</i> . Jurisdictional issues in the Ogoni case	332
<i>Natalia Mushak, Anastasiia Zaporozhets</i> . Law Enforcement Cooperation of the Member States of the European Union	338
<i>Iryna Sofinska</i> . Passport: global challenges – local solutions	342
<i>Olga Shpakovych, Sofia Penkovska</i> . The relationship between the sovereignty of member states and the supernationality of international organizations	349
<i>Mykhailo Shumylo</i> . The social doctrine of the catholic church as a foundation for the emergence of the legal regulation in the area of social protection in Europe	353
<i>Ernest Gramatskiy</i> . European integration processes and private international law: certain aspects	357
<i>Ruslana Liashenko, Myroslav Dobrovinsky</i> . Interpretation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the light of modern concepts of legal understanding	361
<i>Iryna Panchenko</i> . Problems of delimitation of the Sea of Azov and the Kerch Strait	365
<i>Olga Pereverzyeva, Vasif Gadjev</i> . Features of legal nature Financial Action Task Force on Money Laundering FATF	370
<i>Nataliia Plakhotniuk, Maryna Irzhova</i> . The jurisdiction of the International Criminal Court for the crime of aggression	374
<i>Oleksandr Kharchuk</i> . Economic component of the sustainable development concept	378
<i>Oleksandr Zadorozhny</i> . Private space flights: legal regulation in the United States	382
<i>Viktoriia Muzyka</i> . New wine in old bottles: applicability of the rules on attribution to cyberattacks committed against objects of critical infrastructure	388
<i>Olga Ovechkina</i> . Ways to resolve conflicting issues of the status of legal entities in EU law and in the legislation of some of its member states	392
<i>Anatolii Petrenko</i> . OECD acts as instruments of soft international law	398
<i>Turgut Salaev</i> . Experience of foreign countries in the context of improvement of the administrative and legal provision of information security in the customs of Ukraine	403

Contents

Legal education

Ivan Nazarov. Higher education and academic integrity are problems of combination 408

Legal practice

Anatoliy Lytvynenko. Data retention of an unconvicted elderly activist violates his right to privacy: *Catt v. United Kingdom* (2019) 413

Issue guest

Mykola Onishchuk, Mykhailo Savchyn. Direct effect of the Constitution and implementation of its provisions in administrative justice 419

Vitaliy Sirenko. Critical notes on the realization of political power 427

Students' forum

Tetyana Dorduka. Administrative and legal status of Ukrainian citizens-labor migrants in EU countries 435

Yuliia Malzam. Establishment of the Community *acquis* in the field of health care 439

Sofiya Oleksyshyn. Access to the Convention Rights of Asylum Seekers: Selected Case Law of the European Court of Human Rights 443

Reviews

Oleg Ihnytsky. Review of the monograph by N. Pysarenko "Principles of administrative proceedings (modern Ukrainian context)" 448

Editorial message 450

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.Zhyborovskiy.*

Computer premastering *A.Bondarenko*

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

Signed for printing 2020/10/30. Format 60×84 1/8. Offset printing. Conventional printed sheets 52,3. Published sheets 62,5. 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, Ю.С. ШЕМШУЧЕНКО

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

Юрій Сергійович Шемшученко, академік НАН України, директор Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, почесний ректор Київського університету права НАН України

КИЇВСЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ ПРАВА НАН УКРАЇНИ – ЧВЕРТЬ СТОЛІТТЯ НА СЛУЖБІ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ ТА НАУКИ УКРАЇНИ

Система вищої освіти в будь-якій державі виступає основою її людського розвитку та прогресу суспільства в цілому. При цьому слід підкреслити, що юридична наука та освіта займають особливе місце в системі освіти, оскільки глибоко пов'язані з формуванням суспільної свідомості та правосвідомості, правової культури, правового виховання, правової освіченості й обізнаності громадян. Також юридична наука виступає запорукою розбудови України в сучасних умовах як правової, демократичної держави. Сьогодні надзвичайно важливо розглядати вищу юридичну освіту як складову правової освіти в цілому, головним завданням якої є утвердження в суспільстві та державі принципу верховенства права.

Підготовка сучасного юриста – справжнього фахівця – можлива лише на принципі органічного поєднання фундаментальної юридичної науки, освіти та практики. Втім, зростання значення юридичної науки як у теоретичному, так і практичному аспектах зумовлено об'єктивною необхідністю піднесення ролі особи в сучасному суспільстві, пріоритетами в захисті її прав і свобод, формуванням соціально орієнтованої ринкової економіки. Адже призначення сучасної юридичної науки, освіти та практики полягає в тому, щоб передати майбутньому правнику глибокі загальнокультурні основи, комунікативні здібності, критичність та культуру мислення, здатність приймати самостійні рішення, в цілому – підготовка фахівців, які б сповідували принцип верховенства права та активну громадянську позицію.

Київський університет права Національної академії наук України (далі – КУП НАНУ) єдиний навчальний заклад у системі Національної академії наук України, який по праву може вважатися академічним науково-освітнім комплексом. У грудні 2020 р. він відзначатиме свій перший ювілей – 25 років з моменту створення. З перших днів існування університету ми прагнули насамперед створити навчальний заклад вищого ґатунку за формою, духом і змістом. За роки існування виш посів гідне місце серед профільних вищих навчальних закладів України і вибором заслужений авторитет.

Усі надбання, якими нині знаний КУП НАНУ, створювалися не один рік. Для цього ми постійно вдосконалювали якість освіти, застосовували сучасні технології в організації освітнього процесу, використовували позитивний інноваційний досвід провідних зарубіжних вишів, модернізували матеріально-технічну базу.

Історія університету починається з 12 грудня 1995 р., коли відбулася державна реєстрація Вищої школи права при Інституті держави і права імені В.М. Корецького НАН України. Вища школа права була покликана втілити в життя концепцію інтеграції фундаментальної юридичної науки й освіти. Так у структурі Національної академії наук України вперше з'явилась унікальна можливість реалізувати результати численних юридичних досліджень та новації щодо правового забезпечення ринкових відносин в Україні шляхом підготовки фахівців-юристів.

Головною рисою, що вирізняла Вищу школу права від інших навчальних закладів, було наближення наукових досліджень у галузі права до освітнього процесу, тобто навчання студентів відбувалося з урахуванням новітніх наукових досягнень.

Першим ректором Вищої школи права став директор Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, академік Ю.С. Шемшученко. А перші 24 студенти розпочали навчання у вересні 1996 р.

У 2000 р. університет отримав нинішню назву і безпосередньо почав підпорядковуватися Національній академії наук України.

Своєю славною історією КУП НАНУ завдячує великій когорті науковців Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України: академіку НАН України Ю.С. Шемшученку; академікам НАПрН України та фундаторам юридичної науки в Україні – В.Б. Авер'янову, О.Ф. Андрійко, О.В. Батанову, Н.П. Гаєвій, В.Н. Денисову, Н.К. Ісаєвій, О.О. Кваші, О.М. Костенку, Т.А. Костецькій, П.Ф. Кулиничу, Н.Р. Малишевій, І.В. Музиці, Г.О. Мурашину, В.П. Нагребельному, Н.М. Оніщенко, Ю.С. Педьку, В.Ф. Погорілку, І.М. Проценко, К.О. Савчуку, І.Ф. Севрюковій, В.І. Семчику, Т.І. Тарахонич, І.Б. Усенку, Н.М. Хуторян, В.В. Цветкову, Я.М. Шевченко та ін.

Нині Київський університет права НАН України – це креативний вищий навчальний заклад IV рівня акредитації – єдиний навчально-науковий комплекс у системі Національної академії наук України, який основним завданням ставить комплексність у підготовці висококваліфікованого фахівця-юриста на основі поєднання досягнень освіти й науки. За роки його існування було підготовлено понад 16 тисяч фахівців права.

Освітній процес у КУП НАНУ базується на поєднанні принципів наукового, пізнавального, інформаційного та методичного забезпечення, що приводить до творчого опанування та осмислення отриманих знань, а також спонукає до творчої науково-дослідницької діяльності студентів. Щороку ми вдосконалюємо навчальні плани і програми підготовки фахівців, впроваджуємо в освітній процес нові актуальні спецкурси, які викладають висококваліфіковані фахівці в галузі права, зокрема морське право, космічне право, конституційна юстиція, судовий захист у кримінальній юстиції, інститут конституційної скарги України, захист прав і свобод людини тощо.

Особливістю освітнього процесу в університеті є те, що студенти мають можливість поглибленого вивчення англійської та німецької мов. Випускники-магістри за спеціальністю «Міжнародне право», отримуючи дипломи, крім фаху «Юрист-міжнародник», отримують ще й кваліфікацію «Перекладач».

У КУП НАНУ створено бездоганні умови для навчання, передусім це сучасна бібліотека та читальний зал; обладнані мультимедійні аудиторії: інтерактивного тестування і інформаційно-комунікативних технологій, які забезпечені інтерактивними дошками, комп'ютерами останнього покоління; сучасний лінгафонний кабінет, криміналістична лабораторія тощо.

Криміналістична лабораторія оснащена сучасною криміналістичною технікою (фото- й відеоапаратура, валізи слідчого та прокурора-криміналіста), комп'ютерною технікою, що використовується для моделювання слідчих ситуацій, створення словесного портрета, оволодіння тактикою проведення окремих слідчих дій та методикою розслідування окремих видів злочинів, містить зразки вогнепальної та холодної зброї, боєприпаси, комплект науково-технічних засобів для проведення криміналістичних експертиз.

З метою популяризації знань у сфері захисту прав інтелектуальної власності й інформування про ймовірні ризики і втрати, пов'язані з придбанням підробок, ми спільно з Українським альянсом по боротьбі з підробками та піратством, першими на теренах нашої країни, відкрили «Музей підробок та контрафактної продукції». Також в університеті діє потужний музей криміналістики ім. Ганса Гросса, який має на меті сприяти студентам опанувати практичні навички та вміння застосування криміналістичної техніки, оформлення матеріалів для проведення криміналістичних експертиз, ознайомлення з тактикою й методикою проведення слідчих дій з метою пізнання, доказування та розслідування злочинів.

За весь час існування КУП НАН України ми приділяли неабияку увагу впровадженню в освітній процес інноваційних комп'ютерних технологій. Завдяки цьому ми створили сучасні та комфортні мультимедійні аудиторії. А використання інформаційних технологій надало нам можливість широкого використання Інтернет-мережі для здійснення віртуальних занять з різних галузей права, у режимі онлайн спілкування із викладачами з інших університетів як в Україні, так і за кордоном.

Наша облаштованість комп'ютерними технологіями значно допомогла нам у складні часи пандемії, викликаній коронавірусом COVID19, оскільки ми були готові вже до дистанційного навчання. А в попередні роки ми змогли проводити онлайн майстер-класи видатних вітчизняних та зарубіжних науковців як у самому університеті, так і за його межами та різні наукові конференції з трансляцією в мережі університету та світовій мережі Інтернет.

Сьогодні нашим важливим стратегічним завданням на етапі модернізації вищої освіти України є забезпечення якості підготовки фахівців на рівні міжнародних стандартів. Саме тому наш університет був першим в Україні, який започаткував впровадження майстер-класів у сфері юриспруденції як сучасної інноваційної форми навчання студентів, і вони проходять регулярно. Тільки за останні роки їх відбулося понад 300. До участі в майстер-класах запрошуються провідні вітчизняні фахівці з різних галузей права, а також авторитетні юристи-практики, вчені та викладачі юридичних вищих навчальних закладів як України, так і зарубіжних країн. Тільки за останні роки студенти мали змогу прослухати майстер-класи авторитетних вчених-правників з України, США, Німеччини, Австрії, Ізраїлю, Франції, Польщі, Швейцарії, Італії, Канади, Угорщини та інших країн.

Велику увагу наш університет приділяє можливості студентам отримати навички певної практичної юридичної роботи у Юридичній клініці «Фенікс», основними напрямками діяльності якої є впровадження 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, надання безкоштовної правової допомоги малозабезпеченим верствам м. Києва тощо.

Студентам університету важливо мати змогу обговорити набутий досвід у стінах свого закладу в юридичній клініці, отримати необхідний рівень фахових правових знань, вміти чітко аналізувати сучасні політичні, соціальні й економічні проблеми розвитку суспільства та визначати власну життєву позицію. А також бути конкурентоспроможними на ринку праці.

Роками університет ретельно розбудовував і власну регіональну політику. В її основі лежить концепція нашого багатовекторного розвитку, яка спрямована на забезпечення можливості надати якісну вищу юридичну освіту й мешканцям віддалених областей України, що значно зменшує їх витрати на навчання.

Завдяки такій стратегії розвитку ми мали можливість готувати фахівців права в Ужгородському інституті КУП НАНУ, Кіровограді (нині – Кропивницький), Вінниці – на базі Вінницького фінансово-економічного інституту, Кам'янець-Подільському – на базі коледжу Подільського державного агротехнічного університету, Львові – на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи та Рівному. Рівненський інститут КУП НАНУ (далі – РІ КУП НАНУ) розпочав свою історію в 1997 р. а нині це – один із визнаних осередків юридичної освіти на Волині. Для підготовки фахівців в інституті створено всі необхідні умови: висококваліфікований науково-педагогічний потенціал, потужне матеріально-технічне забезпечення, соціальна інфраструктура тощо.

РІ КУП НАНУ облаштований сучасними конференц-залами, залом судових засідань, які оснащені новітнім обладнанням: стаціонарними мультимедійними проєкторами, плазмовими телевізорами, професійною акустичною радіосистемою, ноутбуками тощо. Ці конференц-зали дали нам змогу проводити різні конференції, у тому числі й міжнародні, вебінари, презентації тощо. А зала судових засідань сприяє проведенню ділових ігор відповідно до вимог освітнього процесу, який передбачає розвиток умінь та навичок ведення судового процесу.

Свідченням високого рейтингу КУП НАНУ в регіонах є його популярність не лише серед абітурієнтів, а й серед роботодавців. Значна кількість випускників університету працює в місцевих органах державної влади, судових, правоохоронних та митних органах. Освітня й наукова діяльність КУП НАНУ в регіонах активно підтримується обласними державними адміністраціями.

Важливою складовою успішної діяльності університету є науково-дослідна робота. Про значний науковий потенціал університету свідчить щорічне проведення міжнародних та всеукраїнських конференцій, видання монографій, навчальних посібників, публікація статей у наукових виданнях. Нині університет щорічно проводить до десяти міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференцій. Зокрема, це «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького»; «Європейська юридична освіта і наука»; «Сучасні проблеми правової системи України»; «Міжнародно-правові проблеми сучасного торговельного мореплавства»; «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі»; на базі Рівненського інституту – «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні»; «Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії». Конференцію «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» ми проводили на базі нашого університету спільно зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності. Згодом ці студентські та аспірантські наукові конференції та семінари ми двічі на рік проводили вже в Женеві під егідою та за підтримки ВОІВ. Також проводилися регулярні міжнародні конференції у Словацькій та Угорській Республіках, Ізраїлі на базі Тель-Авівського ОНО-коледжу, Польщі – на базі Гданського університету.

З метою залучення до навчання абітурієнтів з найбільш обдарованої шкільної молоді ми започаткували проведення Міжнародного форуму з прав людини за підтримки Координаційної ради молодих юристів при Міністерстві юстиції України. А за підтримки Міністерства освіти і науки України ми стали ініціаторами проведення Всеукраїнського конкурсу наукових робіт ім. В.М. Корецького для учнів 11-х класів «Права людини в сучасному світі: погляд молоді». У цілому тільки за останні 10 років університет організував та провів понад 80 конференцій та 250 наукових форумів міжнародного та всеукраїнського формату. Результати наукових досліджень були відображені у виданих збірниках матеріалів науково-практичних конференцій.

В аспекті розвитку наукових досліджень та партнерства в цій сфері ми створили і по-сучасному облаштували два нових структурних підрозділи університету. Це – Міжнародний центр правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові і Міжнародний центр правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Ужгороді. На базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові було проведено 10 наукових форумів, які мали певний резонанс у наукових колах Львівщини, зокрема: круглий стіл «Парламентаризм в Центрально-Східній Європі: історія, національні особливості, сучасні тенденції», «Обставини, що виключають злочинність діяння: проблеми теорії та практики», «Сучасні актуальні проблеми права інтелектуальної власності в країнах Центрально-Східної Європи: теорія, методологія та практика»; всеукраїнський семінар «Роль навчально-реабілітаційних центрів у створенні регіонального та корекційно-реабілітаційного освітнього простору для дітей з особливими освітніми потребами» та круглий стіл у рамках семінару «Актуальні питання соціально-правового захисту та реабілітації осіб з обмеженнями життєдіяльності в країнах Центрально-Східної Європи». На базі новоствореного Центру в Ужгороді було проведено ІХ Міжнародну науково-практичну конференцію «Європейська юридична освіта і наука» спільно із Закарпатською обласною державною адміністрацією та Ужгородським національним університетом, яка була започаткована ще у 2008 р.

Важливим напрямом наукової роботи університету є розроблення науково-дослідних тем. Протягом останніх десяти років ми розробили сім наукових тем, за результатами розробки яких було видано колектив-

ні монографії, що поповнили наукові видання колективу КУП НАНУ. Остання з яких – «Сучасне державо-творення: правова трансформація в умовах світових змін». Також протягом останніх років світ побачили такі колективні праці науковців КУП НАНУ: «Актуальні проблеми права України та Польщі», «Державно-правове регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів: вітчизняні та міжнародні реалії»; «Актуальні проблеми міжнародного права (на прикладі України та Грузії)»; «Актуальні проблеми цивільстики (на прикладі України та Угорщини)»; «Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)»; «Охорона прав на торговельні марки у мережі Інтернет».

Важливою складовою науково-дослідної роботи університету є залучення студентської молоді до наукових досліджень у рамках Наукового товариства студентів. Наша молодь активно бере участь у науково-практичних конференціях, які проводяться в КУП НАНУ, а також представляє університет за межами України. Ми намагаємося видавати матеріали всіх міжнародних та науково-практичних конференцій, що проводить КУП НАНУ, а також монографій, підручників, навчальних посібників та курсів лекцій.

Колективами викладачів університету та Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України було створено цілий ряд підручників і посібників. Унікальним виданням є започаткована в університеті серія «Малих енциклопедій» із різних галузей права. Зокрема, це «Мала енциклопедія права інтелектуальної власності»; «Мала енциклопедія теорії держави та права»; «Мала енциклопедія приватного права»; «Мала енциклопедія міжнародної безпеки»; «Мала енциклопедія кримінального права»; «Мала енциклопедія конституційного права»; «Мала енциклопедія міжнародного права», «Мала енциклопедія господарського права», «Мала енциклопедія канонічного права», «Мала енциклопедія з прав людини» тощо. Такі енциклопедії мають важливе науково-теоретичне, освітнє та прикладне значення, оскільки виступають узагальненням наукової юридичної думки і практики.

Із 2001 р. університет спільно з Інститутом держави і права імені В.М. Корецького НАН України видає науково-теоретичний щоквартальний «Часопис Київського університету права», внесений до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки», категорія «Б» (наказ Міністерства освіти і науки України № 1643 від 28.12.2019 р.). Він визнаний науковою громадськістю та користується заслуженим авторитетом. На сторінках часопису друкуються статті провідних вітчизняних і зарубіжних фахівців у галузі юриспруденції, висвітлюються актуальні проблеми всіх галузей права. Водночас часопис інформує наукову та юридичну громадськість про нові видання в галузі юриспруденції, розміщує на своїх сторінках рецензії наукових та навчальних видань, хроніку наукових заходів університету. «Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази HeinOnline (США), яка є найбільшою в світі базою повнотекстових юридичних журналів. Також «Часопис» включено до наукометричної бази «Index Copernicus» (Польща), потужної міжнародної платформи для просування наукових досягнень.

Аспірантура КУП НАНУ є одним з основних джерел постійного поповнення та відновлення інтелектуального потенціалу університету, здійснює підготовку науково-педагогічних кадрів вищої кваліфікації. За ці роки було підготовлено та захищено понад 50 дисертацій за сімома спеціальностями. Нині в аспірантурі навчається 47 аспірантів та здобувачів. Аспірантура КУП НАНУ – це джерело кадрів для нашого університету. Кафедри та наукові керівники завжди відповідально ставляться до підготовки молодих науковців, їх навчання та захисту наукових робіт. Існує хороша практика залучення аспірантів до викладацької роботи на кафедрах у межах їх наукових досліджень з метою підвищення якості підготовки та апробації результатів їх наукових досліджень безпосередньо в навчальному процесі. Навчання в аспірантурі КУП НАНУ базується на прогресивних освітніх технологіях досягнення найвищої якості підготовки науково-педагогічних та наукових кадрів.

Почесне і важливе місце в освітній, науковій та інформаційній складових університету займає наукова бібліотека. Її інформаційні ресурси – це понад 160 тисяч примірників підручників, навчальних посібників, монографій, наукових збірників, фахових часописів, серед яких найбільш широко представлені видання з права, міжнародного права та міжнародних відносин, суспільних дисциплін, наук гуманітарного циклу. Окремо слід сказати про сучасні форми інформаційного забезпечення студентів, надання оперативної та якісної інформації на цифрових носіях за допомогою електронного каталогу бібліотеки і повнотекстової електронної «Бібліотеки студента-правника». Сьогодні в електронному каталозі налічується понад 35 тисяч бібліографічних записів, а «Електронна бібліотека студента» вміщує майже три тисячі повних текстів, серед яких в основному – матеріали для вивчення навчальних дисциплін, а також повні тексти дисертацій, цифрові версії рідкісних видань правознавчого спрямування.

Наші студенти безкоштовно отримують підручники, навчальні посібники, методичні матеріали на абонементі й самостійно вибирають нові видання наукової та навчальної літератури в читальному залі відкритого доступу, користуються цифровими версіями навчальних та наукових матеріалів. Поповненню фондів бібліотеки університету сприяють і наші партнери – вчені зі США, Угорщини, Польщі, Словаччини, Швеції, Австрії тощо. Тому студенти та аспіранти університету мають можливість читати наукові праці закордонних правників в оригіналі, удосконалюючи свої фахові знання та рівень володіння іноземними мовами.

У рамках програми ВОІВ «WIPO Publication Depository Library Program» у КУП НАНУ створено єдину в Україні бібліотеку-депозитарій Всесвітньої організації інтелектуальної власності. При організації цієї бібліотеки враховувався вагомий внесок університету в розвиток наукових досліджень з права інтелектуальної власності. Бібліотека-депозитарій ВОІВ, що постійно поповнюється матеріалами міжнародного законодавства з інтелектуальної власності (конвенції, договори, угоди), літературою з питань авторського права, патентів, товарних знаків, покликана сприяти більш глибокому ознайомленню студентів та науковців КУП НАНУ,

фахівців усієї країни в галузі інтелектуальної власності з багатоплановою діяльністю ВОІВ, питаннями правового регулювання та захисту інтелектуальної власності.

Значну частину бібліотечних фондів становлять книги, подаровані читачами, зокрема персональні зібрання та колекції, книги із особистої бібліотеки В.М. Корецького, видання Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України. Популярністю у студентів користуються книги та альбоми з мистецтва і твори художньої літератури в рамках проєктів «Інтелектуальна власність. Перлини літератури – студентській молоді» та «Інтелектуальна власність. Перлини живопису – студентській молоді», завдяки яким у КУП НАНУ формується всебічно освічений, ерудований, інтелектуальний молодий юрист.

Наш університет прагне не лише національного визнання, а й високого міжнародного статусу. Тому ми інтенсивно розширюємо та поглиблюємо закордонні контакти, сприяємо розвитку міжнародного співробітництва у сфері освіти й науки. Вже традиційними стали систематичні візити до університету іноземних науковців, які проводять майстер-класи, беруть участь у семінарах, круглих столах і міжнародних конференціях.

А міжнародна діяльність університету активно здійснюється в рамках укладених угод про співпрацю, основними положеннями яких є обмін науковим досвідом, підготовка студентів за спільними магістерськими програмами, спільна дослідницька діяльність, обмін науковою літературою тощо.

Нам вдалося налагодити контакти та підписати договори про співпрацю з міжнародними організаціями, органами державної влади і місцевого самоврядування, установами й відомствами інших держав. Окрім представників закордонних університетів, почесними гостями КУП НАНУ є працівники посольств та представництв іноземних держав. Така співпраця сприяє розширенню міжнародних контактів, зміцненню позитивного іміджу університету, спілкуванню студентів із представниками дипломатичних місій.

КУП НАНУ – це заклад, який виховує гармонійну особистість, адже нове покоління молодих юристів повинно бути креативним, високоінтелектуальним, творчим, із багатим внутрішнім світом. Ми намагаємося успішно реалізовувати 10 власних соціально корисних молодіжних проєктів. Зокрема, це проєкти: «Пізнай свій край»; «Інтелектуальна власність України: перлини сучасної літератури для студентської молоді»; «Інтелектуальна власність України: перлини сучасного живопису для студентської молоді»; «Майбутнє України – в руках талановитої молоді»; «Передай тепло своєї руки маленькій дитині»; «Передай тепло своєї родини людям поважного віку»; «Сьогодні зі спортом – завтра з майбутнім»; «Формуємо власну бібліотеку зі студентської лави»; «Кроки до прекрасного»; «Діти народжуються не для війни».

Окрему увагу приділяємо фізичному вихованню та спорту як важливому компоненту виховання студентської молоді. Для цього в університеті створено всі можливості – багатофункціональний спортивний комплекс із тенісним та бадмінтонним кортами, комплекс вуличних тренажерів. А в рамках проєкту «Сьогодні зі спортом – завтра з майбутнім» для студентів університету організуються змагання з мініфутболу на Кубок імені Б.Є. Патона, змагання з армреслінгу на Кубок імені Ю.С. Шемшученка. Було започатковано шаховий турнір, присвячений пам'яті всевітньо відомого вченого, академіка В.М. Корецького. Свого часу ми підтримували і розвиток жіночого студентського регбі.

Наші студенти мають можливість за рахунок університету відвідувати музеї, театри, концерти та історичні пам'ятки міста, брати участь у загальноміських, районних заходах.

Вже багато років у стінах університету проходять виставки живопису, і наші студенти навчаються, а викладачі працюють, маючи чудову можливість милуватися картинами талановитих сучасних художників. А в рамках проєкту «Кроки до прекрасного» ми видали вісім компакт-дисків із шедеврами вітчизняної та зарубіжної класичної музики.

Важливий напрям виховної роботи – це духовне виховання студентської молоді. Тому на території КУП НАНУ діє студентська капличка на честь преподобного Нестора Літописця, а студентська капличка на честь святителя Петра Могили діє і в Рівненському інституті КУП НАНУ.

Протягом останніх років наш університет значно модернізовано, фундаментально покращено його матеріально-технічну базу. Це і реконструкція фасаду, центрального холу університету, де ми можемо проводити урочисті заходи, презентації та виставки живопису; облаштовано багатофункціональний спортивний зал, оснащений сучасними тренажерами, для занять атлетикою, боксом, шейпінгом, аеробікою та фітнесом; побудовано спортивний комплекс загальною площею 1400 м²; модернізовано всі навчальні аудиторії; введено в експлуатацію дві багатофункціональні аудиторії (червоний та блакитний атріуми), мультимедійні аудиторії, кабінет інтерактивного тестування та кабінет інформаційно-комунікаційних технологій, які обладнані інтерактивними дошками і комп'ютерами останнього покоління, створено сім музеїв та модернізовано другий поверх навчального корпусу університету, збудовано сучасну студентську їдальню тощо. Крім того, ми постійно проводимо модернізацію приміщень у наших відокремлених структурних підрозділах у містах Рівному, Львові та Ужгороді.

Упродовж своєї діяльності Київський університет права НАН України став одним із провідних наукових та освітніх центрів України. Він має хороші перспективи для подальшого розвитку юридичної освіти європейського зразка.

Тож напередодні нашого 25-річчя хочемо побажати всім студентам, аспірантам, викладачам та співробітникам нашого славного університету міцного здоров'я, нових здобутків у навчанні та творчій наснаги у роботі.

Успіхів усім нам у нелегких щоденних буднях, натхнення та оптимізму!

Ю.С. ШЕМШУЧЕНКО

Юрій Сергійович Шемшученко, академік НАН України, заслужений діяч науки і техніки України, директор Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України

АКАДЕМІК БОРИС ПАТОН І ЮРИДИЧНА НАУКА

19 серпня 2020 р. на 102-му році закінчив свій життєвий шлях всесвітньовідомий вчений, державний і громадський діяч, Президент Національної академії наук України (далі – Академії), голова Комітету з державних премій України в галузі науки і техніки, депутат і член Президії Верховної Ради УРСР багатьох скликань, двічі Герой Соціалістичної Праці і Герой України, президент Міжнародної асоціації академії наук, академік Борис Євгенович Патон. Він є автором понад тисячі наукових праць, зробив вирішальний внесок у розвиток науки й практики електрозварювання, зокрема під водою, у космосі та живої тканини. Незаперечно його заслуги як організатора науки. Б.Є. Патон 58 років очолював Національну академію наук України. Під його керівництвом Академія стала широко відомим і авторитетним у світі співтовариством вчених. Ім'я Бориса Євгеновича золотими літерами вписані в її історію.

Борис Євгенович був різнобічно обдарованою людиною. Саме тому він вмів спрямовувати розвиток не тільки технічних, а й соціальних та гуманітарних наук. Це стосується і юридичної науки. Завдяки його сприянню ця наука і освіта зайняли провідне місце в системі національної правознавчої науки і освіти.

Все це відбувалося на моїх очах. І мені є що згадати з цього приводу.

Від Сектору до Інституту держави і права

Як відомо, нинішній Інститут держави і права НАН України був заснований на базі Сектору держави і права АН УРСР у травні 1969 р. Сам Сектор було утворено відповідно до постанови Ради Міністрів УРСР від 14 грудня 1948 р. та постанови Президії АН УРСР від 6 травня 1949 р. Останню підписав тодішній виконувач обов'язків президента АН УРСР, академік АН УРСР П.С. Погребняк. Завідувачем Сектору з 1949 р. було призначено відомого вченого-міжнародника, академіка АН УРСР В.М. Корецького. Того ж року сформувався і початковий склад наукового колективу Сектору: В.М. Корецький, Б.М. Бабій, М.П. Діденко, Л.Л. Потарикіна, С.А. Тихонова, Л.В. Боцян (Бичкова), М.К. Михайловський. Сім'я Євгена Оскаровича Патона підтримувала дружні стосунки з родиною В.М. Корецького.

Поступово Сектор збільшився кількісно, зріс і обсяг його друкованої продукції. Станом на кінець 1968 р. у Секторі працювало 42 наукових співробітники, він наблизився до статусу академічного науково-дослідного інституту.

Зважаючи на це, дирекція інституту кілька разів порушувала перед Президією АН УРСР питання про доцільність перетворення Сектору на інститут. Цю ідею підтримував і Б.Є. Патон, який на той час вже був Президентом НАН України. Але було не просто в цьому переконати відповідні союзні й республіканські державні органи, від яких залежало остаточне вирішення даного питання.

У січні 1968 р. зроблено чергову спробу. Президент АН УРСР Б.Є. Патон звернувся з листом до директивних республіканських органів, у якому, зокрема, зазначав: «У даний час в Академії наук УРСР є всі умови для створення наукового центру, здатного очолити теоретичні дослідження з важливих проблем правової науки в республіці. Таким науковим центром міг би стати Інститут держави і права АН УРСР, створений на базі Сектору держави і права АН УРСР».

1 жовтня 1968 р. Президія АН УРСР ще раз розглянула це питання. На пропозицію Б.Є. Патона було прийнято рішення звернутися до Президії АН УРСР, підтримати клопотання АН УРСР щодо перетворення Сектору на Інститут. Авторитет Бориса Євгеновича спрацював. 20 грудня того ж року Президія АН УРСР погодилася з відповідною пропозицією. Постанову щодо цього підписав президент АН УРСР М.В. Келдиш.

Більш складно проходило це питання через Державний комітет Ради Міністрів СРСР з науки і техніки, без згоди якого за існуючими тоді вимогами не могло бути ухвалене відповідне рішення Ради Міністрів УРСР. У комітеті виникли питання щодо тематики майбутнього Інституту, його розміщення і фінансування. Пропонувалося назвати наукову установу Інститутом правознавства АН УРСР.

Врешті-решт ці питання були погоджені. 21 травня 1969 р. з'явилася протокольна постанова цього Комітету такого змісту: «Прийняти пропозицію Ради Міністрів Української РСР, узгоджену з Академією наук СРСР, Прокуратурою СРСР і Верховним Судом СРСР, про перетворення Сектору держави і права Академії НАУК Української РСР в Інститут держави і права Академії Наук Української РСР. Перетворення здійснити у межах асигнувань і фонду заробітної плати, передбачених Академією наук Української РСР на



Академіки Б.Є. Патон і Ю.С. Шемшученко

Діяльність установи періодично заслуховувалася на засіданнях Президії НАН України з участю Б.Є. Патона. Науковці Інституту брали активну участь у реформуванні правової системи і механізму управління державою, гідно представляли Україну на міжнародній арені. Тут формувалися наукові школи в галузях національного і міжнародного права. Зараз у дев'яти відділах Інституту працює близько 80 докторів і кандидатів юридичних та політичних наук, у тому числі 14 академіків і членів-кореспондентів Національної академії наук України та Національної академії правових наук України, 15 лауреатів Державної премії України в галузі науки і техніки.

Науковцями Інституту за роки його діяльності було підготовлено і опубліковано близько 500 монографій та інших наукових праць, 6-томну «Юридичну енциклопедію». Інститут бере участь у підготовці 10-томної «Антології української юридичної думки».

За досягнутими показниками Інститут є справжнім флагманом правознавчих наукових досліджень в Україні. Він нагороджений почесними грамотами Верховної Ради і Кабінету Міністрів України. З 2000 р. носить ім'я свого першого директора В.М. Корецького. З рук Б.Є. Патона ряд науковців Інституту одержали премії імені М.П. Василенка та інші нагороди.

Проблеми удосконалення правового статусу НАН України

Діяльність Б.Є. Патона як президента Академії була спрямована на її збереження й розвиток. В останні роки її реформування він пов'язував, по-перше, з посиленням зв'язків Академії з державою і, по-друге, з поліпшенням самоврядних засад організації і діяльності Академії. Ці напрями Б.Є. Патон тісно пов'язував з удосконаленням правового регулювання академічної діяльності. Йдеться, зокрема, про Закони «Про наукову і науково-технічну діяльність», «Про особливості правового режиму діяльності НАН України, галузевих академії наук та статусу їх майнового комплексу» тощо.

Але одного цього недостатньо. Справа у тому, що в головному Законі «Про наукову і науково-технічну діяльність» правовий статус НАН України розглядається тільки статтею 17. У цьому зв'язку з'явилася ідея прийняття спеціального, комплексного Закону України «Про Національну академію наук України». Цю ідею підтримав Б.Є. Патон. При Президії НАН України у березні 2013 р. було утворено робочу групу для підготовки концепції майбутнього Закону України «Про Національну академію наук України». До її складу увійшли науковці Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України та інші фахівці. Ця група опрацювала проєкт концепції відповідного Закону, який був переданий до Верховної Ради України.

За цією концепцією предметом регулювання даного Закону мали стати: правовий статус Академії як однієї із найважливіших складових національного багатства України та вищої державної наукової само-

1969 р. на науково-дослідні роботи». Протокол підписав голова колегії і самого комітету В. Кирилін.

Бюрократичні перепони зацентралізованої системи управління наукою залишилися позаду. Крім Б.Є. Патона, багато зробили для реорганізації Сектору в Інститут заступники завідувача Сектором Б.М. Бабій та А.П. Таранов, а також вчений секретар З.К. Симорот.

12 червня 1969 р. Рада Міністрів УРСР ухвалила постанову за № 360 «Про створення Інституту держави і права Академії Наук УРСР». Її підписав Голова Уряду В.В. Щербицький.

На виконання цієї урядової постанови Президія АН УРСР 24 червня того ж року ухвалила постанову за № 202 «Про створення Інституту держави і права АН УРСР». Її підписали президент АН УРСР Б.Є. Патон і в.о. головного вченого секретаря Президії АН УРСР член-кореспондент АН УРСР К.М. Ситник. За цією постановою головним завданням новоствореної установи було визнано: розробка методологічних проблем правознавчої науки; проведення досліджень в галузі державно-правового будівництва; широке впровадження їх результатів у всі сфери організації та діяльності державного апарату. Виконуючим обов'язки директора Інституту було призначено В.М. Корецького, а заступником директора з наукової роботи – Б.М. Бабія. До даної постанови було три додатки: 1) Основні напрями науково-дослідної роботи; 2) Структура і науковий профіль підрозділів Інституту; 3) План науково-дослідних робіт Інституту.

У подальшому Інститут розвивався в контексті завдань, які ставилися перед ним державою і суспільством.

врядної організації, правові механізми та гарантії його реалізації; місце Академії в суспільстві, системі формування та реалізації державної політики, насамперед у сфері наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності; її відносини з органами державної влади, державними галузевими академіями, закладами освіти, суб'єктами господарювання, науковими громадськими організаціями; принципи діяльності та питання організації управління Академією, що мають особливе значення для забезпечення функціонування Академії як державної наукової самоврядної організації, а також кадрове, інформаційне, матеріально-технічне, фінансове та інше забезпечення діяльності Академії, інші найважливіші питання діяльності Академії, що потребують врегулювання на законодавчому рівні та сприяння у їх вирішенні з боку держави.

На жаль, розроблена вченими концепція Закону «Про Національну академію наук України» у парламенті не було підписана. У цьому питанні наш законодавець обрав не комплексний підхід, а віддав перевагу внесенню часткових змін до вже чинних законів, зокрема, Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність». За цих умов правовий статус найбільшої в країні наукової установи і на сьогодні залишається недостатньо врегульованим, що стримує ефективне використання академічного потенціалу.

Разом із тим Б.С. Патонові вдалося зберегти майновий комплекс Академії. У сфері його використання він послідовно дотримувався принципу – без зміни форми власності. Теорія цього питання була опрацьована вченими нашого Інституту.

Паспорт правової держави

Таким паспортом є «Юридична енциклопедія» як зібрання знань про державу і право. Ідея її видання з'явилися на початку 90-х рр. минулого століття. Саме тоді я звернувся до Президії НАН України з приводу її видання. Б.С. Патон одразу оцінив значення «Юридичної енциклопедії» для науки і практики. 8 вересня 1993 р. я зробив доповідь із цього питання на засіданні Президії АН України. За наслідками обговорення і на пропозицію Бориса Євгеновича остання прийняла постанову № 257 «Про підготовку фундаментальної „Юридичної енциклопедії”».

Відповідно до цієї постанови підготовку видання 6-томної «Юридичної енциклопедії» було покладено на наш Інститут. Однак Академія не мала коштів на цей проект, а Кабінет Міністрів України відтягував вирішення питання. Допоміг випадок. У травні 1995 р. я брав участь у міжнародній конференції «Інвестиційні проекти в Україні», яку організував Інститут Адама Сміта у Лондоні. Українську урядову делегацію на цій конференції очолював виконуючий обов'язки Прем'єр-міністра України Є. Марчук. І він пообіцяв мені допомогти у вирішенні енциклопедичного питання. А 29 лютого 1996 р. Є. Марчук уже в ранзі Прем'єр-міністра України підписав постанову Кабінету Міністрів України «Про державну підтримку видання „Юридичної енциклопедії”».

Після відкриття бюджетного фінансування було утворено редакційну колегію з провідних юристів України – теоретиків і практиків. У складі Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України розпочав діяти Центр організаційного і науково-методичного забезпечення підготовки «Юридичної енциклопедії», який очолив доктор політичних наук В. Горбатенко. Активну участь у відповідній роботі взяло видавництво «Українська енциклопедія», зокрема, його директор М. Зяблюк.

Перший том «Юридичної енциклопедії» побачив світ у листопаді 1998 р. Потім почав працювати конвеєр. Вихід кожного з томів супроводжувався його презентацією у державних органах, юридичних наукових установах і вищих навчальних закладах. У лютому 1999 р., зокрема, я презентував другий том енциклопедії у Верховній Раді України. А у травні 2001 р. я передав перші три томи «Юридичної енциклопедії» Президентові України Л.Д. Кучмі.

Б.С. Патон постійно цікавився ходом підготовки і видання «Юридичної енциклопедії». Це дало можливість забезпечити системність у відповідній роботі.

Шостий, останній том «Юридичної енциклопедії» побачив світ у 2004 р.

Енциклопедія одержала високу оцінку юридичної громадськості і держави. Очолюваний Б.С. Патон Комітет з державних премій підтримав її висунення на Державну премію України в галузі науки і техніки. Авторському колективі Енциклопедії Президентом України була присуджена Державна премія України в галузі науки і техніки за 2004 р. Премії були удостоєні вісім співробітників нашого Інституту (Ю. Шемшученко, В. Погорілко, В. Семчик, В. Нагребельний, В. Денисов, І. Усенко, В. Горбатенко, О. Мироненко), а також директор видавництва «Українська енциклопедія» М. Зяблюк і тодішній президент Національної академії правових наук України В. Тацій.

«Юридична енциклопедія» була видана 30-тисячним тиражем і відкрила перелік енциклопедій соціогуманітарного профілю періоду незалежності України.

Паралельно з роботою над виданням 6-томної «Юридичної енциклопедії» наш Інститут брав участь у підготовці інших важливих енциклопедичних видань. Йдеться, зокрема, про «Міжнародну поліцейську енциклопедію» (2003–2014 рр.), третю том «Енциклопедію міжнародного права» (2014–2019 рр.), «Великий енциклопедичний юридичний словник» тощо.

Ще більш масштабним є проект «Великої української юридичної енциклопедії». Вона видається Національною академією правових наук України, Інститутом держави і права імені В.М. Корецького НАН

України та Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого у 20 томах. Видання стимулював Б.С. Патон.

На відміну від «Юридичної енциклопедії», структурованої за алфавітним принципом (від «А» до «Я»), ця енциклопедія має галузеву структуру, тобто побудована за галузями права. У 2016 р. з'явився перший том «Великої української юридичної енциклопедії» – «Історія держави і права України». На даний час вже видано понад 10 томів Енциклопедії. Побачило світ також чимало галузевих юридичних енциклопедій – конституційного, цивільного права, права інтелектуальної власності тощо. Це сприяє підвищенню правової культури громадян.

Наукові форми інтеграції академічної науки і освіти

Б.С. Патон розвиток української науки тісно пов'язував із процесом її інтеграції з освітою. Тому вже у перші роки незалежності він підтримав ініціативу Інституту щодо утворення в системі НАН України нового юридичного навчального закладу. Це була Вища школа права при Інституті, відкрита у вересні 1996 р. Академія виділила Школі приміщення в Академмістечку. Навчальний процес у ній забезпечували головним чином провідні науковці нашого Інституту. Цей процес із самого початку базувався на засадах інтеграції юридичної освіти і науки.

Із середини 2004 р. Школа була включена до переліку академічних об'єктів і стала називатися Київським університетом права НАН України. А у травні 2005 р. Президія НАН України заслухала мою доповідь як ректора Університету «Про інтеграцію юридичної освіти і науки» в системі Академії. Б.С. Патон позитивно оцінив наш досвід. Президія рекомендувала його для поширення.

До свого десятиріччя Університет підійшов маючи високу репутацію як у нашій країні, так і за її межами. Він встановив творчі контакти з багатьма зарубіжними юридичними центрами.

Для кращих студентів були засновані заохочувальні стипендії імені академіків В.М. Корецького та Б.М. Бабія. Університет був нагороджений срібною медаллю в номінації «За створення унікального навчального комплексу і формування нової генерації юристів».

Із 2006 р. посаду ректора КУП НАН України обіймає професор Ю.Л. Бошицький. За роки свого існування колективом Університету було підготовлено понад 6 тисяч бакалаврів та 7 тисяч магістрів (спеціалістів) права. Більшість із них зараз працюють на юридичній ниві, займають керівні посади, деякі стали докторами і кандидатами юридичних наук.

З серпня 2012 р. у складі Університету діє юридичний факультет. Це фактично своєрідний навчальний, науковий і культурно-освітній центр юридичної освіти в Україні, який тісно контактує з відповідними європейськими правознавчими центрами. Університет проводить багато національних і міжнародних наукових конференцій, взаємодіє з багатьма міжнародними організаціями, зокрема зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності WIPO в Женеві.

У співпраці з Інститутом держави і права імені В.М. Корецького НАН України Університет виконує важливі для держави і суспільства наукові проекти, розробляє й подає до державних органів пропозиції і рекомендації з питань удосконалення правової системи України. Спільними зусиллями готуються також підручники та наукові посібники для юридичних вишів.



Президент НАН України, академік Б.С. Патон під час зустрічі з колективом Київського університету права НАН України

КУП НАН України відзначає своє двадцятиріччя. Він став своєрідним зразком для утворення інших академічних навчальних закладів. Йдеться, зокрема, про Київський академічний університет, нещодавно утворений за безпосереднього сприяння Б.С. Патона. Цей заклад також сформований на базі інтеграції науки і освіти. Навчання в університетській магістратурі тісно поєднується з науковою роботою.

Борисові Євгеновичу подобалося спілкуватися зі студентами Київського університету права. Останні були учасниками числен-

них зустрічей у Президента НАН України. Ці зустрічі проходили зазвичай у теплій атмосфері й супроводжувалися тонким патонівським гумором.

Космічні горизонти

З давніх-давен людство уважно вдивлялося в таємничий світ космосу. Але його практичне освоєння розпочалося в середині ХХ ст. із запусками перших штучних супутників Землі і перших пілотованих орбітальних польотів космонавтів навколо Землі. Це стимулювало й розвиток міжнародного та національного космічного права.

На сьогодні майже 40 країн світу мають регулярні космічні програми. У космосі вже побувало понад 500 землян. Зараз чимало країн готують нові проекти вивчення й освоєння космічного простору.

Україна належить до провідних космічних держав світу. Біля витоків вітчизняної космічної діяльності стояв видатний конструктор радянської космічної техніки, житомирський Сергій Павлович Корольов. Наша країна займає провідне місце в галузях виробництва ракет та здійснення космічних запусків, теоретичної розробки проблем вивчення і освоєння ближнього та дальнього космосу.

І в цій галузі помітною була роль Б.Є. Патона. Він тривалий час очолював Раду з космічних досліджень НАН України, яка здійснювала функції координації у відповідній сфері, забезпечувала зв'язки науки і практики. У складі цієї Ради і зараз діє секція міжнародного і національного космічного права.

За сприяння Б.Є. Патона було утворено Інститут космічних досліджень НАН України, а у 2012 р. – відділ космічного і екологічного права у складі Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України. Останній очолює доктор юридичних наук Н.Р. Малишева.

У 1998 р. Борис Євгенович виявив ініціативу щодо утворення разом із Державним космічним агентством Міжнародного центру космічного права (далі – МЦКП). Спочатку він діяв при Інституті держави і права імені В.М. Корецького НАН України, а потім був підпорядкований безпосередньо Президії НАН України.

За роки своєї діяльності МЦКП став базовою в Україні науковою установою з дослідження проблем міжнародного і національного космічного права. Він підтримує тісні творчі відносини з Державним космічним агентством України, яке є головним замовником відповідних наукових розробок. Центр здійснює юридичний супровід Національної космічної програми України, готує експертні висновки і наукові рекомендації з питань удосконалення космічного законодавства України.

Співробітники Центру забезпечують представництво України у міжнародних космічних організаціях, беруть участь у міжнародних астронавтичних конгресах і наукових конференціях із проблем міжнародного та національного космічного права. Б.Є. Патон та кілька співробітників Центру є членами Міжнародної академії астронавтики.

У листопаді 2006 р. у Києві під егідою Центру спільно з Національним космічним агентством і Міністерством закордонних справ України відбувся Симпозіум ООН з міжнародного космічного права.

На базі МЦКП формується національна школа космічного права. Вже захищено кілька кандидатських дисертацій, видано низку монографічних праць із відповідної тематики та збірник нормативно-правових актів «Космічне право України». Також світ побачив унікальний 5-томний збірник «Космічне законодавство країн світу», підготовлений співробітниками Центру.

МЦКП і наш Інститут вживають заходів, спрямованих на розвиток не тільки науки, а й освіти з питань космічного права. У 2012 р. автором цих рядків було видано перший в Україні підручник «Космічне право» для вищих юридичних навчальних закладів.

У контексті діяльності МЦКП мені, як директорів Центру, доводилося неодноразово зустрічатися з першим космонавтом незалежної України, Героєм України Л. Каденюком. Останній раз це було 20 грудня 2017 р. на засіданні Громадської організації «Рада з екологічної безпеки». Він пообіцяв виступити перед трудовим колективом Інституту. На жаль, цього не сталося. На початку 2018 р. Л. Каденюк раптово помер.

Міжнародне наукове співробітництво

Б.Є. Патон завжди приділяв підвищену увагу розвитку міжнародних наукових зв'язків НАН України. При цьому він виходив з необхідності мирного використання передового досвіду визнаних у всьому світі вчених. Це сприяло зростанню як кількісних, так і якісних показників творчої співпраці.

Зокрема, якщо в 1990 р. діяло тільки 15 угод про наукове і науково-технічне співробітництво між АН УРСР та академіями наук і науковими центрами зарубіжних країн, то вже через 10 років таких угод було 58, у 2010 р. – 107, а зараз – понад 120. У реалізації різних форм міжнародного співробітництва беруть участь майже 90 % установ НАН України¹.

Важливу роль у збереженні наукових зв'язків із країнами колишнього СРСР відіграла ініціатива НАН України створити Міжнародну асоціацію академії наук (МААН). Із 1993 р. її незмінно очолював до 2016 р. Б.Є. Патон. На умовах повноправних членів до Асоціації увійшли більшість академії наук держав, які з'явилися після розпаду СРСР, а також АН В'єтнаму, Словаччини та Чехії (дві останні – як спостерігачі).

Зараз МААН налічує сім асоційованих членів. При МААН працюють 18 наукових рад та інших дорадчо-консультативних структур, створених на міжакадемічних засадах. У 2017 р. за рішенням Ради МААН штаб-квартиру МААН перенесено з Києва до Мінська.

Традиційно важливою є участь НАН України у наукових програмах ЮНЕСКО. З 1973 р. при Академії діє Національний комітет України з програми ЮНЕСКО «Людина і біосфера». Під його егідою працює національна мережа біосферних заповідників на території України. Б.Є. Патон доклав також багато зусиль для розвитку міжнародного наукового співробітництва у рамках Міжнародного інституту прикладного системного аналізу (далі – ПАСА), програми НАТО «Наука заради миру і безпеки», програми ЄС «Горизонт 2020». У загальній структурі міжнародного наукового співробітництва чільне місце належить і відповідному співробітництву в державно-правовій сфері.

Менше ніж за півтора місяці до смерті Борис Євгенович дав ексклюзивне інтерв'ю газеті «Урядовий кур'єр». У ньому він, зокрема, підкреслив: «Вчені – не річ у собі й не річ для себе, підсумки їхньої роботи мають втілюватися у практику, давати очевидну й відчутну користь суспільству та державі. Це й був мій головний імператив»². Хотілося б сподіватися, що й нове покоління вчених, у тому числі і правознавців, буде дотримуватися цього мудрого заповіту.

¹ Див.: Національна академія наук України. 1918–2018. Київ, 2018. С. 233.

² *Урядовий кур'єр*. 7 липня 2020 р.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.01

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

СУЧАСНИЙ ГЕНДЕРНИЙ КОНТЕКСТ: НОВЕЛИ, ПЕРСПЕКТИВИ, ДИСКУСІЇ

Сучасний розвиток гендерних відносин характеризується багатьма дискусіями, обговореннями, науковими заходами тощо. Серед проблем, що дискутуються найбільш жваво, безумовно, можна виділити наступне: запобігання та протидія дискримінації жінок із вразливих груп, гендерно зумовлене насильство та його зв'язок із соціальною роллю особи, подолання гендерних стереотипів, конструкція гендерної рівності, доступ до правосуддя, а також недавні події, пов'язані з «Партнерством Біарріц».

Слід зазначити, що свобода, рівність, честь, гідність – найкращі «орієнтири» демократичного становища особи в сучасному суспільстві. Юридичні критерії, що свідчать про більшу або меншу насиченість цих категорій, їх повноту та розвиток, згідно з європейськими стандартами, повинні бути в центрі уваги і справою честі науковців та юристів – практиків. А це відтворює успішний полілог держави, громадянського суспільства та особи. Конструкція гендерної рівності визначається станом захищеності прав людини, і гендерні права не є винятком.

Природа права і природа людини завжди викликали і викликають інтерес, дискутуються у філософії, політиці, соціології та правовій доктрині. Сьогодні ці дискусії широко проходять у громадянському суспільстві.

Світова наукова думка в третьому тисячолітті характеризується появою нових напрямів наукових досліджень, переосмисленням, доопрацюванням усталених теорій і, безумовно, переоцінкою звичних (опрацьованих) соціальних, політичних, правових практик. Попри всі «законодавчі запевнення», що людина є найвищою соціальною цінністю, практична реалізація цього доленосного положення, на жаль, не відбулася. Не заглиблюючись у причини цього явища (вони добре всім відомі), хочемо нарешті запропонувати ті теоретичні напрацювання, кроки, теоретичні узагальнення, які демонструють контекст прав людини та природу рівності. Місце людини в соціумі, її соціальна роль значною мірою залежать від реалізації принципу рівності, що визначає її соціальні можливості, характер життєдіяльності, систему зв'язків людей у суспільстві. Права людини – це соціальна спроможність вільно діяти, самостійно обирати вид та міру своєї поведінки з метою задоволення різнобічних власних матеріальних та духовних інтересів, а також інтересів інших людей, окремих соціумів та громадянського суспільства в цілому¹. Права і свободи нормативно забезпечені за умови дії в країні розвинутої системи (саме системи) юридичного регулювання, що підтримує принципи особистої свободи. Ця система сама по собі є нормативною гарантією, якщо вона не є суперечливою, виступає узгодженою та доступною².

Системний аналіз забезпечення прав і свобод особи може стосуватися і повинен характеризувати безпосередню дію Конституції, дотримання та гарантування рівності прав і свобод людини. У ст. 1 Загальної декларації прав людини вписано, що «всі люди народжуються вільними і рівними в своїй гідності і правах». Саме питання «рівності», яке було предметом багатьох наукових дискусій і полеміки, може розглядатися з багатьох точок зору, принаймні юридичної, економічної, політичної, гендерної тощо. У нашому суспільстві, згідно з Конституцією України, всім громадянам наданий і гарантований рівний обсяг прав та свобод. Їх використання пов'язане із запровадженням однакових стандартів для всіх без винятку осіб. Отже, кожний

© Н.М. Оніщенко, 2020

* *Nataliia Onishchenko, Dr. hab. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Academician of the NALS of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

громадянин де-юре може користуватися на рівних умовах з іншими громадянами всім спектром прав і свобод без утиску з боку держави, дискримінації з боку державних органів, окремих посадовців або інших осіб. Таким чином, ідея прав людини сформована як певний правовий ідеал, на досягнення якого орієнтований розвиток національного законодавства, а способами забезпечення є загальні принципи права; один з основних таких принципів професор Н. Онiщенко вважає – принцип рівності в контексті верховенства права. Справжня природа будь-якої держави виявляється саме рівністю прав і свобод кожної людини. Рівність прав і свобод – один із основних принципів конституційного статусу людини і громадянина, показник загальнолюдської культури. В контексті вищезазначеного хочемо зупинитися на деяких умовах саме механізму забезпечення прав і свобод людини, процитувавши академіка Ю.С. Шемшученка: «Слід погодитися з тим, що забезпечення прав і свобод людини та громадянина залежить від багатьох факторів: ступеня демократичності владних інститутів держави; політичних, культурних та правових традицій; стану економіки; моральної атмосфери і злагоди в суспільстві; стану законності та правопорядку; механізмів, що забезпечують відповідальність держави перед особою тощо. Саме у всьому комплексі ці фактори здатні забезпечувати на належному рівні права і свободи людини та громадянина»³.

Забезпечення належного захисту прав людини та громадянина в Україні є важливим завданням держави і актуальним напрямом розвитку правової системи. Для реалізації спрямування змін «на краще» у сфері прав людини влада повинна поставити їх в центр державної політики. У наукових дослідницьких програмах неодноразово зазначалося, що поряд з поняттям «людина» є рівноцінними поняття «особистість», «індивідуальність», що характеризують передусім те особливе, специфічне, що відрізняє конкретну людину як індивіда та як особистість від усіх інших, з урахуванням як природних, фізіологічних, так і психічних і соціальних властивостей; як успадкованих, так і набутих, вироблених в процесі людського розвитку⁴.

Однією з таких особливостей є фізіологічна властивість людини – її стать. Втім, те, що має бути цінністю і для людини, і для держави, іноді стає перешкодою до реалізації своїх прав⁵. Гендерна рівність – складова загального принципу рівності як принципу демократичної побудови суспільства. Право розуміється сьогодні як рівна міра свободи всіх і кожного – жінок і чоловіків. Втім, ні в громадській, ні в науковій доктринальній думці не сформовано відношення та оцінка гендерних прав як першоосновних. На жаль, вони ще залишаються другорядними, не «першого сорту» та «гатунку», першочерговості щодо захисту. Проте ми цілком переконані, що більш важливих або менш важливих прав, коли йдеться про права людини, існувати не може. Сучасне суспільство повинно характеризуватися здатністю до забезпечення системи існуючих прав, свобод та законних інтересів. Сучасні події в світі свідчать, що процес формування конституційного законодавства характеризується декларуванням у ньому принципу рівних прав і можливостей. Конституційне закріплення рівності статей є характерним поряд із такими особливостями, як національна і расова незалежність, мова, віросповідання, соціальне походження, політичні переконання, стать тощо⁶. Майже всі конституції визнають принципи і стандарти міжнародного права і зобов'язуються їх виконувати, закріпивши в Основному Законі.

Отже, логічно, що вони мають закріпити і гендерні права та стандарти щодо рівності прав і можливостей. Конституція як вищий за юридичною силою закон є гарантом рівності для всіх громадян, незалежно від статі, у їх правах і можливостях⁷. Цілком очевидно, що питання гендерної рівності набуло на сьогодні неабиякої актуальності та становить цінність для права. Виходячи з цінності гендерного виміру права, відповідним чином має проводитися моніторинг діючого вітчизняного законодавства, яке, незважаючи на проголошення Україною рівності прав чоловіків і жінок, ще значною мірою містить дискримінаційні гендерні викривлення та асиметрії. Так, про ці проблеми йшлося нещодавно на онлайн нараді, що присвячувалась впровадженню в Україні «Партнерства Біарріц» з утвердження гендерної рівності.

Виконання Україною зобов'язань щодо впровадження гендерної рівності потребує осмислення національних можливостей, їх реалізації з урахуванням історично набутої практики суспільного життя жінки та чоловіка, національних традицій їхніх взаємовідносин, досягнень і рівня соціальної культури та її складової – гендерної культури як вияву гендерних відносин⁸. У ході правової реформи держава повинна визначити і деталізувати гендерну рівність як юридичне поняття, як невід'ємний елемент правової системи. Будь-які соціально-економічні перетворення, процеси демократизації і встановлення ринкової економіки імпліцитно включають в себе так звані гендерні програми соціальної трансформації, тобто зміну структури відносин між соціальними статями, а саме жінками та чоловіками⁹.

Отже, не дивлячись на певне існування у свідомості суспільства стереотипів, так званого гендерного суб'єктивізму, усе ж природна цінність людини та її потреб і можливостей сьогодні явно долає вказані перепони. Те, що невіддільне від людини та її сутності, її невід'ємні природні права, які тривалий час навіть не були передбачені законодавчо, сьогодні підтримуються суспільною думкою, реальним життям і на законодавчому рівні. Без сумніву, гендерна рівність є однією з цінностей, на яких має ґрунтуватися право. Правовий принцип рівності – це відсутність будь-якої нерівності чи обмежень прав особи і громадянських свобод. Його реалізація передбачає існування справедливого суспільного устрою, у якому політико-правові реалії забезпечують високу моральність сучасного суспільства, максимальне дотримання прав особи, у т. ч. в гендерній площині. Одним із завдань гендерних досліджень є подолання на рівні суспільної та індивідуальної свідомості ідеології протиставлення. Жіночі права, обов'язки, ролі не повинні протиставлятися чоловічим, соціальні можливості обох статей мають взаємозумовлений характер та єдиний правовий орієнтир – свободу особистості, усвідомлення нею своєї самобутності, цінності в суспільстві. На сьогодні перед законодавцем стоїть

нелегке завдання: слід законодавчо визначити такий механізм правового регулювання, який би не лише відповідав досконалій правовій формі, мав високу прикладну оцінку, а й культивував правосвідомість громадян, закладав світоглядні основи гендеру. При цьому слід враховувати такі споконвічні правові та моральні цінності, як справедливість, свобода, рівноправність, повага один до одного. Адже на них ґрунтується правова свідомість громадян, яка миттєво реагує на викривлення цих категорій, неадекватне їх застосування.

Отже, якісне, детальне вивчення гендерного аспекту в правовому регулюванні, удосконалення засобів та механізмів активізації гендерних відносин, адекватне їх використання в юридичній сфері відкриє можливості для підвищення ефективності регулюючого впливу на громадянське суспільство, дасть змогу вийти на новий рівень розвитку правової форми. У законодавстві України гендерні відносини регламентуються конституційними нормами, нормами галузевого характеру, спеціальним законом та підзаконними актами. Це надає можливість говорити про систему нормативних актів, які регламентують гендерні відносини. Правомірним є також твердження, що ці акти займають певне місце в системі законодавства держави та в системі норм міжнародного права. Зазначене зумовлює висновок про можливість існування колізій правового значення та необхідність обґрунтування шляхів їх подолання. Оскільки гендерні відносини безпосередньо залежать від загального стану дотримання прав і свобод особи у державі, то характеристика законодавства у сфері гендерних відносин повинна пов'язуватись із його залежністю від політики держави у сфері прав людини. Якщо особа позбавлена чи обмежена у своїх основних правах, то вона навіть не замислюється над можливими проявами гендерної дискримінації і, навпаки, реальність та ефективність загальнолюдських прав створює можливості здобувати гендерну рівність правовими засобами. Так само, якщо держава з високим рівнем економічного розвитку, політичним плюралізмом та наявністю розвиненої правової системи гарантує загальнолюдські цінності, гендерна рівність у такій державі не лише декларується, а й створюються необхідні умови запровадження спеціальних заходів щодо її реалізації у повсякденному житті. Проте сучасна гендерна політика України не забезпечує повного втілення в практику міжнародних правових стандартів. Недостатньо виваженою і ефективною є діяльність державних інституцій щодо забезпечення міжнародних норм у сфері прав людини; недостатньо активною є роль жіночих громадських об'єднань у сфері захисту прав; існує потреба в підвищенні рівня соціалізації жінок, їх свідомості, психології⁹. Зазначене надає можливість виокремити аспекти подолання колізій регулювання гендерних відносин, пов'язаних із взаємодією міжнародного та національного права.

Важливими шляхами їх подолання, на нашу думку, є узгодження національної політики та законодавства з міжнародними стандартами прав людини; визнання пріоритету міжнародного права у сфері прав людини над національним; послідовне впровадження нормативно закріплених принципів гендерного рівноправ'я; створення правової основи забезпечення активності жінок у важливих сферах суспільної діяльності; удосконалення соціально-правового становища жінок відповідно до міжнародних стандартів гендерної рівності. Знову ж таки, хотілося б звернути увагу в зазначеному контексті на «Партнерство Біарріц» – про що йшлося вище, воно було започатковане лідерами країн групи семи «G7» на саміті в місті Біарріц, 25 серпня 2019 р. під головуванням президента Французької Республіки Емманюеля Макрона.

Не претендуючи на всеосяжність (домінантну думку), кожний має право висловлювати свої позиції, як позитивні так і критичні, все ж хочемо наголосити, що мета цієї ініціативи – посилити відповідальність та консолідувати зусилля щодо досягнення гендерної рівності.

Лідери країн Групи сім свої наміри зафіксували у відповідній декларації¹⁰. Додатком до декларації є план дій країн G7 (Канада, ЄС, Франція, Німеччина, Італія, Японія, Велика Британія та США) та інших країн, які вже приєдналися до партнерства (Австралія, Чилі, Індія, Сенегал, Руанда)¹¹, заклик до інших країн щодо дій у подоланні дискримінації щодо жінок та гендерної рівності¹² і пакет рекомендацій для дій в рамках партнерства¹³, який стосується:

- 1) протидії гендерно зумовленому насильству;
- 2) доступу до інклюзивного, справедливого та якісного забезпечення охорони здоров'я та освіти;
- 3) розширення економічних можливостей жінок;
- 4) припинення дискримінації в політиці та громадському житті і забезпечення участі жінок.

Країнам рекомендується взяти зобов'язання насамперед щодо змін у законодавстві, в разі потреби прийнятті нового законодавства для усунення дискримінації та досягнення гендерної рівності.

Хочемо також констатувати, що Україна отримала статус учасниці «Партнерства Біарріц» – міжнародної ініціативи рівних прав і можливостей. Це приєднання було започатковане першою леді в грудні 2019 р. Неодноразово підкреслювалося, що це ще один крок для встановлення рівності в широкому сенсі – незалежно від статі, віку, культури або ментальних відмінностей. Також наголошуємо, що українська влада взяла на себе зобов'язання в п'яти сферах

- розвиток безбар'єрного публічного простору, дружнього до сімей з дітьми та маломобільних груп населення;
- навчання дітей принципам рівності жінок і чоловіків;
- запобігання насильству;
- зменшення розриву в оплаті праці жінок і чоловіків;
- створення більших можливостей для чоловіків піклуватися про дітей.

Ще раз наголошуємо, що в жодному разі не претендуємо «на істину в остатній інстанції», однак все ж підкреслимо: наукове середовище – це середовище, що іманентно звикло і пристосоване до конструктивних

дискусій, але разом із тим налаштоване на толерантність та полілог, винайдення істини без взаємних образ, звинувачень та дорікань.

Конструктив у широкому сенсі – це кращі пропозиції щодо певного розвитку суспільних відносин в різних сферах життєдіяльності людини, не є винятком і гендерний сегмент.

Продовжуючи наш аналіз, розглянувши державну політику в сфері гендеру, хочемо хоча б побіжно окреслити завдання науки, наукового осмислення цієї проблематики та роль (задачі) громадянського суспільства у визначеному форматі. Завдання та задачі наукового профілю: розробити категорію «гендерне право», тоді буде зрозуміло, що таке гендерні права, гендерні правовідносини, відповідальність держави щодо порушення гендерних прав. Основним пріоритетом науки має бути обґрунтоване забезпечення умов для ліквідації усіх форм дискримінації за ознакою статі в українському суспільстві, ключовими показниками якої є доступ до використання ресурсів, розподіл доходів, представництво на управлінських і політичних посадах. Рівень завантаження при веденні домашнього господарства і громадських справ, рівень освіти, рівень захворюваності й тривалості життя тощо. Крім державних механізмів, важливу роль у забезпеченні гендерної рівності відіграє громадянське суспільство, яке має створити та гарантувати середовище, де права людини розглядають як головні і практично реалізуються. Це стає реальним лише за умов формування гендерної культури, гендерно налаштованої правової свідомості, побудованих на принципах гендерної демократії. Особлива увага повинна приділятися боротьбі з дискримінаційними проявами, зокрема, гендерній рівності в Україні, величезна роль у цій сфері повинна належати громадським організаціям та рухам.

¹ Кузнецова Н.С., Оніщенко Н.М. Громадянське суспільство і виклики часу: від теорії до практичних дій, цивілістична доктрина і формування громадянського суспільства. Біла Церква, ТОВ «Білоцерківдрук», 2015. С. 8.

² Скрипнюк О.В. Курс сучасного конституційного права України : академічне вид. Харків: Право, 2009. С. 212–216.

³ Шемшученко Ю.С. Реалізація прав і свобод людини і громадянина в Україні : монографія. Київ, 2007. С. 4.

⁴ Мудрик А.В. Социализация человека. Москва : Изд. центр «Академия», 2004. С. 37.

⁵ Мельник Т.М. Творення суспільства гендерної рівності: міжнародний досвід. Закони зарубіжних країн з гендерної рівності. 2-ге доп. вид. Київ : Стілоос, 2010. С. 16–17 та ін.

⁶ Фулей Т.І. Основи гендерної рівності: навч.-метод. посіб. для суддів. Київ, 2010. С. 26–28.

⁷ Мельник Т.М. Міжнародний досвід гендерних перетворень. Київ: Логос, 2004. С. 46.

⁸ Мельник Т.В. Міжнародний гендерно-правовий аспект проблеми прав людини в Україні. *Український журнал про права людини*. 2005. № 2. С. 18.

⁹ Львова О.Л. До питання про природні права людини і набуті права: проблема пріоритету та цінностей. *Правова держава*. Київ, 2016. Вип. 27. С. 15–25.

¹⁰ Декларація лідерів Групи сім. URL: <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/05/e8aa2525311a98227c935900abefdce7eb911896.pdf>

¹¹ План дій країн G7 та інших країн, які вже заявили про приєднання до партнерства. URL: <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/05/b4bbf5d5cabb20b6b20b77f735df145419f4c27.pdf>

¹² Заклик до дій. URL: <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/05/c47fb3263f613522a886e2636b40f0d55ec5ef6e.pdf>

¹³ Звіт Гендерної ради та рекомендації. URL: <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/05/848eb23286f61117c5f55c6a8e7038e98eab8ffc.pdf>

Резюме

Оніщенко Н.М. Сучасний гендерний контекст: новели, перспективи, дискусії.

Стаття присвячена категорії «гендерна рівність». Авторка намагається виокремити три складові щодо розвитку гендерних прав: а) державну політику; б) задачі науки в цій площині; г) роль громадянського суспільства в означеній сфері. Окремий вектор пов'язаний з наголошенням необхідності опрацювання «рівності результатів». Зокрема, певна увага зосереджена на статусі України – учасниці «Партнерства Біарріц».

Ключові слова: гендер, гендерна рівність, рівність прав, рівність можливостей, рівність результатів, гендерне право, «Партнерство Біарріц».

Резюме

Онищенко Н.Н. Современный гендерный контекст: новеллы, перспективы, дискуссии.

Статья посвящена категории «гендерное равенство». Автор старается выделить три составляющих относительно развития гендерных прав: а) государственную политику; б) задачи науки в этой плоскости; г) роль гражданского общества в обозначенной сфере. Отдельный вектор связан с необходимостью обработки «равенства результатов». В частности, определенное внимание сосредоточено на статусе Украины – участницы «Партнерства Биарриц».

Ключевые слова: гендер, гендерное равенство, равенство прав, равенство возможностей, равенство результатов, гендерное право, «Партнерство Биарриц».

Summary

Nataliia Onishchenko. Contemporary gender context: novelties, perspectives, discussions.

The current development of gender issues is characterized by many discussions. Among the issues discussed the most, of course, are: preventing and combating discrimination against women belonging to vulnerable groups, gender-based violence and its relationship to the social role of the individual, beating gender stereotypes, constructing gender equality, access to justice, and recent events related to the Biarritz Partnership.

It should be noted that freedom, equality, honor, dignity is the best “guidelines” of the democratic status of an individual in modern society. Legal criteria indicating the content of these categories, their completeness and development, in accordance with European standards, should be the focus and matter of honor for legal scholars and practitioners. And this leads to the successful polylogue of the state, civil society and an individual. The construction of gender equality is determined by the state of human rights protection, and gender rights are no exception.

The nature of law and human nature have always been and now are of interest, being discussed in philosophy, politics, sociology and legal doctrine. Today, these discussions are widespread in civil society.

High-quality, detailed study of the gender aspect in legal regulation, improvement of means and mechanisms to intensify gender relations, their adequate use in the legal field will give opportunities for improving the effectiveness of regulatory influence on civil society and will reach a new level of legal form. In Ukrainian legislation, gender relations are regulated by constitutional norms, norms of a sectoral nature, a special law and by-laws.

This provides an opportunity to speak about the system of laws governing gender relations. It is also legitimate to state that these laws take a certain place in the system of national legislation and of international law. This leads to the conclusion about the possibility of conflicts in law and the need to develop ways to overcome them.

In this context, one should draw attention to the Biarritz Partnership, which was launched by the leaders of the G7 at the summit in Biarritz on 25 August 2019 under the lead of French President Emmanuel Macron.

Ukraine obtained the status of a member of the Biarritz Partnership, the international initiative of equal rights and opportunities. This accession was initiated by the First Lady in December 2019. It has been repeatedly emphasized that this is another step towards equality in a broad sense, regardless of gender, age, culture, or mental differences. Ukrainian authorities have undertaken obligations in five areas:

- developing barrier-free public space, friendly to families with children and low-mobility groups;
- teaching the principles of equality between women and men to children;
- preventing violence;
- reducing the pay gap between women and men;
- creating more opportunities for men to care for children.

Key words: gender, gender equality, equality of rights, equality of opportunity, equality of outcome, gender law, Biarritz Partnership.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.02

УДК 340.1

Н.М. ПАРХОМЕНКО

*Наталія Миколаївна Пархоменко, доктор юридичних наук, професор, вчений секретар Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-5870-9261

ЄДНІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЯК СКЛАДОВА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Ефективність і стабільність правового регулювання забезпечується та зумовлюється багатьма чинниками й засобами, серед яких одним із найважливіших є передбачуваність, прогнозованість та сталість судової практики. Саме завдяки цьому реалізуються засадничі принципи правової держави – верховенство права, правова визначеність, законність, рівність усіх перед законом і судом та ін.

Сталість судової практики як чинник правового регулювання визначається насамперед її єдністю. Дотримання принципу єдності судової практики необхідно розуміти як початок, ідею, що забезпечує судам у судочинстві одноманітне застосування нормативних правових актів та їх тлумачення, здійснене вищими судовими органами при вирішенні судових справ. Принцип єдності судової практики, який підтримується вищими судовими органами, знижує ризики у тлумаченні та застосуванні норм права, забезпечує єдність судової практики, напрацьованої вищими судовими органами, знімає невизначеність і створює послідовність у застосуванні норм права судами нижчої інстанції у судочинстві¹.

Основна частина. Аналіз нормативно-правових засад забезпечення єдності судової практики дає змогу зазначити, що у 2010 р. з прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів» за Верховним Судом України було закріплено повноваження щодо забезпечення єдності судової практики. Зокрема, у ст. 38 було зазначено: Верховний Суд України є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції України, який забезпечує єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом; здійснює аналіз судової статистики, узагальнення судової практики; забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом. Пізніше, у 2016 р.,

© Н.М. Пархоменко, 2020

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

змінами до згаданого Закону було передбачено такі процесуальні механізми забезпечення єдності судової практики: можливість передачі справи на розгляд палати, об'єднаної палати чи Великої Палати Верховного Суду.

З метою забезпечення виконання цього завдання у ст. 13 цього ж Закону було визначено юридичну силу актів судової влади. Зокрема, зазначено, що висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду України, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права; враховуються іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права.

Зазначена обов'язковість значно посилила позиції вищої судової інстанції, поширивши обов'язковість власних висновків не лише на сторони спору, а й на інших суб'єктів.

При цьому важливо, що суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів. Тобто Верховний Суд України, попередньо ухваливши рішення, зробивши якийсь правовий висновок, у подальшому може відійти від нього. На думку Я. Романюка, Верховний Суд України має право і повинен відійти від такого висновку (рішення), якщо вважає, що раніше припустився помилки. Проте при цьому Верховний Суд України не повинен замовчувати попереднє обґрунтування свого правового висновку. Він мусить ретельно мотивувати, чому змінює свою практику та спрямовує її в інше русло².

Окрім того, було передбачено можливість перегляду судових рішень судів касаційної інстанції у зв'язку з неоднаковим застосуванням однієї і тієї ж норми матеріального права.

На практиці виникали ситуації, коли щодо одних і тих же питань ВСУ приймалось декілька діаметрально протилежних висновків. Вирішення цієї проблеми, згідно з Перехідними положеннями до процесуальних кодексів у 2016 р., було покладено на Верховний Суд.

Реалізація конституційної реформи 2016 р. в Україні, в частині здійснення правосуддя, з-поміж іншого мала на меті відновлення довіри до судової влади та активізувала наукові дискусії, пов'язані із змінами у законодавстві щодо повноважень Верховного Суду та судів нижчих інстанцій в частині забезпечення єдності судової практики, обов'язковості застосування висновків Верховного Суду та можливості відступу від правових позицій, викладених у цих висновках. Безумовно, зазначене потребує фахової наукової дискусії першочергово у площині адміністративного, цивільного процесу. При цьому ґрунтовність такого аналізу передбачає теоретико-методологічне осмислення зазначених законодавчих змін, тлумачення понятійно-категорійного апарату, використаного законодавцем у процесуальних новелах. Від однозначності розуміння таких новел безпосередньо залежать практика правозастосування та, відповідно, ефективність правового регулювання.

У цьому аспекті слід наголосити, що конституційні зміни закріпили обов'язковість до виконання судового рішення та обов'язок держави із забезпечення виконання судового рішення у визначеному законом порядку (129-1 Конституції України). Зазначені положення підсилюються закріпленням основних засад судочинства, серед яких: забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення, та обов'язковість судового рішення. (ст. 129 Конституції України).

Зазначені положення знайшли розвиток у Законі України «Про судоустрій і статус суддів». Зокрема, у 2017 р. частина шоста ст. 13 була викладена в такій редакції: «Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права». При цьому в попередній редакції ця частина виглядала так: «6. Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної Верховним Судом, тільки з одночасним наведенням відповідних мотивів». Крім того, частиною другою ст. 13 визначено: «Обов'язковість урахування (преюдиційність) судових рішень для інших судів визначається законом».

Отже, законодавець свідомо змінив норму, позбавляючи суд права відступити від правової позиції Верховного Суду, з одночасним наведенням відповідних мотивів.

Водночас, у п. 7 Перехідних положень ЦПК визначено: суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів або палати (об'єднаної палати), передає справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо така колегія або палата (об'єднана палата) вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду України.

Зазначене можливо, якщо суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики (ст. 403 ЦПК). Відповідно, Верховним Судом вже було прийнято декілька революційних рішень з таких питань, які стабілізували судову практику та сприяли прогнозованості вирішення окремих категорій справ³.

Аналіз джерельної бази зазначеної проблематики дає змогу стверджувати, що в юридичній науці – як у вітчизняній, так і зарубіжній, проблема обов'язковості урахування висновків вищої судової інстанції отримала дослідження. Традиційно аналізувались поняття, сутність, значення постанов пленуму Верховного Суду та їх юридичної сили, останнім часом дискусія змістилась у бік проблем входження судового прецеден-

ту як джерела права в правову систему України та можливості використання правової доктрини у судовому правозастосуванні. Щодо останнього, то аналіз судової практики дає змогу стверджувати про активізацію звернень суддів до правової доктрини при вирішенні справ. Це відбулося шляхом створення Науково-консультативної ради при Верховному Суді та використання підготовлених нею висновків, а також залучення висновків науково-правової експертизи та висновків експертів у галузі права. Зазначене безпосередньо зумовлене якістю чинного законодавства, його постійними змінами, колізійністю та прогальністю.

Правова доктрина в даному випадку розглядається як допоміжний інструмент пошуку правильного шляху однакового застосування окремої правової норми. За таких умов правова доктрина цілком спроможна виступати як один із переконливих аргументів, покладених в основу мотивування Верховним Судом свого рішення щодо правильного застосування норми права та відповідної правової позиції, сформульованої за результатами перегляду судових рішень Верховним Судом⁴.

Варто згадати і про позапроцесуальні засоби забезпечення єдності судової практики. Йдеться про постанови пленуму вищої судової інстанції.

На думку більшості практикуючих юристів, постанови Пленуму Верховного Суду України були й надалі залишаються корисними та потрібними як для практиків, так і для теоретиків. Вони не втратили актуальності і є вагомим чинником для забезпечення єдності судової практики в умовах сьогодення, коли законодавство змінюється дуже часто, а законодавча техніка є недосконалою, допускає двояке тлумачення⁵. Зазначене стосується і публікації судових рішень, судової практики найвищої судової установи, підготовки коментарів до процесуального законодавства.

З метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ Пленум Верховного Суду узагальнює практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизує та забезпечує оприлюднення правових позицій Верховного Суду з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані.

До того ж, за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики, Пленум Верховного Суду надає роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ.

Крім того, судова практика сприяє діалектичному розвитку права, забезпечуючи його внутрішній динамізм завдяки оперативному реагуванню на появу нових правовідносин і гарантуючи правову сталість шляхом узагальнення та уніфікації правових позицій у судових рішеннях⁶.

Таким чином шляхом тлумачення норм права щодо конкретних випадків та вирішення конкретних справ Верховний Суд формулює правові позиції, які регулюють суспільні відносини одночасно з іншими правовими регуляторами.

Про регулятивний вплив постанов Пленуму Верховного Суду свідчить їх змістовний аналіз. Усі його складові – роз'яснення, рекомендації та дефініції мають не персоніфікований, а загальний нормативний характер, оскільки вони адресовані всій системі існуючих у країні судів; розраховані на неодноразове застосування; діють до тих пір, поки не будуть замінені або скасовані; постанови Пленуму Верховного Суду створюють регулятивні нормативні правові засоби у вигляді принципів застосування чинного законодавства та норм-роз'яснень, норм-рекомендацій, норм-дефініцій. Ці норми встановлюють для судових органів загальний орієнтир, загальний напрям у тлумаченні та застосуванні нормативно-правових актів⁷.

Таким чином законодавець з метою забезпечення єдності судової практики серед повноважень Верховного Суду визначив можливість:

- приймати загальнообов'язкові до застосування постанови, в яких містяться висновки щодо порядку застосування окремих положень нормативно-правових актів суб'єктами владних повноважень;
- приймати постанови, в яких містяться висновки щодо порядку застосування певних норм права, для врахування судами при застосуванні таких норм права;
- узагальнювати, систематизувати та оприлюднювати практику застосування чинного законодавства щодо окремих категорій справ у вигляді правових позицій;
- надавати роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування чинного законодавства судами при вирішенні справ.

Визначення сутності та змісту зазначених правових актів, які видає Верховний Суд, важливе з різних позицій. Але одне із першочергових – це з'ясування їх юридичної сили з метою використання у правозастосовній діяльності судових органів при вирішенні справ по суті, з огляду на зміст ст. 13 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», де в межах однієї статті законодавець вживає два терміни: *обов'язкові* для всіх суб'єктів владних повноважень та *враховуються* судами.

Таким чином відбувається вплив Верховного Суду на правове регулювання суспільних відносин. Безпосередній вплив передбачає обов'язковість рішень Верховного Суду. Опосередкований вплив судової практики знаходить прояв у її обов'язковості до виконання та врахування органами державної влади і суду, що вирішує конкретні справи та застосовує відповідні норми.

Висновки. Відповідно, системний аналіз зазначених положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» дає змогу зробити такі висновки: Верховний Суд з метою забезпечення єдності судової практики приймає обов'язкові до застосування постанови, формулює правові позиції для врахування у правозастосовній діяльності та надає рекомендаційні роз'яснення для суддів та інших суб'єктів владних повноважень. При цьому існує ієрархія висновків Верховного Суду: висновки колегії, висновки палати, висновки об'єднаної

палати, висновки Великої Палати. У випадку, коли існують відмінності щодо вирішення певного питання у висновках колегії, об'єднаної палати або Великої Палати, то суд застосовує висновок Великої Палати. Таким чином, висновки ВСУ є обов'язковими до врахування, адже, щоб відійти від них, необхідно здійснити перегляд відповідного питання Великою Палатою Верховного Суду.

Законодавчі положення в цій ситуації є однозначними: пряме закріплення необхідності «врахування» позицій, прибрання можливості відступу від цих позицій судами нижчих інстанцій та регламентація чіткої процедури відступу на рівні касаційного оскарження.

Питання, що виникають на практиці і стосуються застосування правових позицій у разі виявлення суперечностей, цілком можуть бути вирішені ВС при перегляді цієї справи в касаційному порядку.

Очевидно, що в майбутній перспективі існування норм щодо безумовної обов'язковості правових позицій ВС та відміни дискреції судів нижчих інстанцій з цього питання позитивно вплине на становлення єдності судової практики, сприятиме відновленню та забезпеченню довіри громадян до судової влади; встановленню передбачуваності та прогнозованості судових рішень, а у підсумку посилить незалежність судової влади, підвищить ефективність її діяльності шляхом оперативного розгляду справ та прийняття рішень.

¹ Гук П.А., Гук Е.П. Принцип единства судебной практики в российском судопроизводстве. *Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки*. 2016. № 3 (39). С. 83–90.

² Романюк Я. Забезпечення єдності судової практики Верховним Судом України: реформа потребує продовження. 15 березня 2013 р. *Юридическая практика*. URL: [https://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/1166672bc6dad5f4c2257b5d0030c241/\\$FILE/5-9_str.pdf](https://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/1166672bc6dad5f4c2257b5d0030c241/$FILE/5-9_str.pdf)

³ Зозуля Н. Правові позиції Верховного Суду: дискреція судів нижчих інстанцій. *Українське право*. URL: <https://ukrainepravo.com/scientific-thought/pravova-pozytsiya/pravovi-pozytsiyi-verkhovnogo-sudu-dyskreziya-sudiv-nyzhchychk-instantsiy/?month=8&year=2018>

⁴ Попов О.І. Правова доктрина та її застосування Верховним Судом України при перегляді судових рішень у цивільних справах. *Цивільне право і цивільний процес. Господарське право*. 2016. С. 87.

⁵ Романюк Я. Забезпечення єдності судової практики Верховним Судом України: реформа потребує продовження. 15 березня 2013 р. *Юридическая практика*. URL: [https://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/1166672bc6dad5f4c2257b5d0030c241/\\$FILE/5-9_str.pdf](https://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/1166672bc6dad5f4c2257b5d0030c241/$FILE/5-9_str.pdf)

⁶ Георгієвський Ю.В. Політика «справедливого права» у судовій практиці. *Право у сучасному політичному житті України*: наук. вид. / кер. авт. кол. А.О. Селіванов. Київ: Логос, 2020. С. 132.

⁷ Марченко М.Н. Судебное правоустройство и судейское право. Москва, 2007. С. 425.

Резюме

Пархоменко Н.М. Єдність судової практики як складова правового регулювання.

Ефективність та стабільність правового регулювання забезпечується та зумовлюється багатьма чинниками і засобами, серед яких – сталість та єдність судової практики. Верховний Суд (далі – ВСУ) – найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції України, який забезпечує узагальнення та єдність судової практики; здійснює аналіз судової статистики; забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій згідно з процесуальним законом. Висновки ВСУ є обов'язковими до врахування, адже щоб відійти від них, необхідно здійснити перегляд відповідного питання Великою Палатою Верховного Суду. Таким чином, Верховний Суд шляхом тлумачення норм права щодо конкретних випадків та вирішення конкретних справ формулює правові позиції, які регулюють суспільні відносини одночасно з іншими правовими регуляторами. Це в перспективі позитивно вплине на забезпечення прав людини, передбачуваність та прогнозованість судових рішень, посилить незалежність судової влади, підвищить ефективність її діяльності.

Ключові слова: суд, Верховний Суд, практика, єдність, застосування, тлумачення, норма права.

Резюме

Пархоменко Н.М. Единство судебной практики как составляющая правового регулирования.

Эффективность и стабильность правового регулирования обеспечивается и определяется многими факторами и средствами, среди которых – постоянство и единство судебной практики. Верховный Суд (далее – ВСУ) – наивысший судебный орган в системе судов общей юрисдикции Украины, который обеспечивает обобщение и единство судебной практики; осуществляет анализ судебной статистики; обеспечивает одинаковое применение норм права судами разных специализаций согласно процессуальному закону. Выводы ВСУ являются обязательными, ведь чтобы отойти от них, необходимо осуществить пересмотр соответствующего вопроса Большой Палатой Верховного Суда. Таким образом, Верховный Суд путем толкования норм права относительно конкретных случаев и решения конкретных дел формулирует правовые позиции, регулирующие общественные отношения одновременно с другими правовыми регуляторами. Это в перспективе положительно повлияет на обеспечение прав человека, предсказуемость и прогнозируемость судебных решений, усилит независимость судебной власти, повысит эффективность ее деятельности.

Ключевые слова: суд, Верховный Суд, практика, единство, применение, толкование, норма права.

Summary

Nataliia Parkhomenko. The cohesion of trial practice as a component of legislation.

The effectiveness and stability of legal regulation is ensured and conditioned by many factors and tools. The sustainability and cohesion of trial practice are one of the main. The analysis of the base of sources of mentioned questions has been conducted. For this moment in national and foreign literature the problem of Supreme courts conclusions' binding nature has been studied partially.

The highest judicial body in the general-jurisdiction court system is the Supreme Court of Ukraine. It provides the trial practice's unity; implements the analysis of judicial statistics and synthesis of trial practice; ensures the same application of rule of law by the courts in different specialization according to the procedural law.

According to the results of judicial statistics' analysis and trial practice' synthesis, The Plenary of the Supreme Court provides the guidelines on how to implement the legislation in legal proceedings that have only recommendatory nature. In order to exercise of the powers conferred by article 13 of the same Act, the legal effect of the Supreme Court's acts and their degree of obligatory nature have been defined.

The binding nature of The Supreme Court's conclusions was distributed not only at the disputing parties, but also the other subjects. This has strengthened the position of the highest judicial instance. In doing so, there is an hierarchy of the Supreme Court's conclusions, namely, conclusions of panel; conclusions of chamber; conclusions of the consolidated chamber; conclusions of the Grand Chamber. If there are differences in addressing a specific issue in the conclusions of panel, consolidated chamber or the Grand chamber, the court applies the Supreme Court's conclusion.

Therefore, the conclusions of the Supreme Court of Ukraine are mandatory, because before go around them, the matter question has to be reviewed by the Supreme Court.

Thus, by the interpretation of the rules of law in the specific cases and in addressing the specific issues, the Supreme Court formulated the legal positions which govern the public relations in conjunction with the other legal regulators.

The meaningful analysis of the Supreme Court's orders demonstrates their regulatory impact. All of its components, such as: explanations, recommendations and definitions, are not personified, but comprise general and abstract rules. They are addressed to all the judicial system; are aimed at not one-time application; are in force until they will be replaced or cancelled. The Supreme Court's orders establish the regulatory legal tools as principles of existing legislation's implementation and rules-explanations, rules-recommendations, rules-definitions. These rules set the direction in interpretation and implementation of legislation for the judicial authorities.

The legal provisions in this situation are unambiguous: the necessity of position's "binding nature" is expressly foreseen, abolishing the derogation from the Supreme Court's positions, for the lower courts and the regulation of derogatory procedure at the level of cassation.

In the future, all the above mentioned would positively influence on the cohesion of the judicial system. It would contribute to the restoration and building of citizens' confidence in the judicial system. It would further facilitate the foreseeability and predictability of judicial decisions. It would enhance the independence of the judicial power and increase the efficacy of courts' activities.

Key words: court, the Supreme Court, practice, cohesion, application, interpretation, rule of law.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.03

УДК 340.1

Т.С. ПОДРОЖНА, О.С. КОТУХА

*Тетяна Станіславівна Подорожна, доктор юридичних наук, доцент, професор юридичного факультету Львівського торгівельно-економічного університету**

ORCID: 0000-0002-5870-9261

*Олександр Степанович Котуха, доктор юридичних наук, професор декан юридичного факультету Львівського торговельно-економічного університету***

ORCID: 0000-0002-1198-8849

«ЖИВЕ ПРАВО» ТА ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК ЦІННІСНА СИСТЕМА КООРДИНАТ

Теоретичне осмислення положень вітчизняних і міжнародних правових документів породжує проблеми реалізації права людини на гідний рівень життя, підвищуючи ступінь їх гарантування та захисту. При цьому завжди актуальним є те, що держава гарантує рівність прав і свобод людини незалежно від волі, раси, релігійної належності, соціального та майнового стану, а також інших обставин. Крім того, згідно з чинним законодавством, права і свободи людини можуть обмежуватися тільки законом і лише тією мірою, якою це необхідно для захисту прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни та безпеки держави. Принципово новим є й те, що Україна зараз виступає за забезпечення загальнолюдських норм і цінностей з використанням нових форм і методів міжнародного захисту прав людини. Сучасні процеси (глобалізації, регіоналізації, універсалізації тощо) безпосередньо впливають на права людини, а відтак власне і на право. Цей процес супроводжується поширенням універсальних стандартів у сфері прав людини, яким мають відповідати національні системи захисту прав людини.

© Т.С. Подорожна, О.С. Котуха, 2020

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

** *Oleksandr Kotukha, Dr. hab. in Law, Professor, Dean of the Faculty of Law of Lviv University of Trade and Economics*

Саме соціологічне праворозуміння спрямоване на встановлення реальних механізмів дії права в суспільстві, його практичну реалізацію («жива практика» за Є. Ерліхом). Розуміння права як «живого права», що діє в суспільстві, дає змогу законодавцю оцінити ефективність дії того чи іншого нормативно-правового акта. Тільки з урахуванням змісту прав людини можуть вироблятися юридичні конструкції та режими опосередкованого правокористування як особливої форми реалізації права. Проте законодавець не може самостійно інтерпретувати сутність прав людини. Визначаючи через законодавство основні загальнолюдські цінності, громадяни зобов'язують законодавця дотримуватися їх, керуючись розумінням природних принципів у праві. У контексті цього абсолютно незаперечним є те, що законодавчий процес повинен виразно й чітко реалізувати ідею прав і свобод людини.

Однак варто вказати на наявну розбіжність між ідейно-теоретичним наповненням концепцій прав людини та їх реальним здійсненням у житті. На переконання багатьох представників соціологічного напрямку у правовій науці, форми права і втілені в них правові норми є другорядним проявом права. Прихильники цього підходу (найвідоміші серед них – Є. Ерліх, Р. Паунд, Б. Кордозо, К. Ллевеллін, Дж. Френк та ін.) підтримують різні його напрями: солідаризм, вільне право, правовий реалізм, біхевіоризм тощо. Проте всі вони вважають, що не потрібно змішувати правову можливість з правовою дійсністю, вказуючи на контраст між правом у формулюваннях традиційних юридичних джерел (нормативно-правових актів, правових прецедентів тощо) і правом як воно є в реальності. Останнє втілюється насамперед у правовідносинах, судових рішеннях у конкретних справах¹. Тому соціологічний рух зосереджує увагу не на логічному аналізі норм права (як юридичний позитивізм), не на встановленні зв'язку права і моралі (як школа природного права), а на дослідженні фактичних правовідносин, з'ясуванні різноманітних соціологічних і психологічних чинників, що впливають на застосування норм права у конкретних життєвих ситуаціях і в такий спосіб визначають справжнє «обличчя» права.

Отже, на їхню думку, право є тим, що фактично робиться судами та іншими державними службовцями у сфері правозастосування. Право ж на папері (так зване писане право) є тільки ймовірним правом. Справді, з одного боку, писане право не може передбачити всього, оскільки тільки юридична практика здатна наповнити це право конкретним змістом, розкрити і доповнити його, зробити реальним. Так, школа вільного права вбачає головний вияв динаміки права в судовій практиці, в основу якої покладено особистий розсуд судді, здатного враховувати всі життєві обставини². Звідси походить відомий вислів: «Право – це те, що думають про право судді».

У зв'язку із цим соціологічне вивчення права має порівнювати з життям не тільки законодавчі документи, а й документи чинного «живого права», оскільки «живе право» є протиставленням праву, яке застосовують суди та владні органи. Воно не є правом, закріпленим у правових пропозиціях, а панує в житті, є основою правопорядку. Щоб пізнати цю основу, потрібно враховувати практику, «живі» правові відносини. Основами знання про це право виступають насамперед сучасні письмові джерела, а також безпосереднє спостереження життя, діяльності суб'єктів права.

Прихильники соціологічного праворозуміння завжди бачать за правовою нормою реальні відносини і той інтерес, який забезпечує держава. При цьому, незважаючи на можливість поділу інтересів, вони повинні рівною мірою забезпечуватися державою із застосуванням у комплексі публічно-правових і приватноправових методів регулювання. Для прихильників соціологічного праворозуміння правоутворювальний інтерес – це той інтерес, який потрібно забезпечити в конкретний час. Так, основоположник американської соціологічної юриспруденції Р. Паунд виділяв три групи інтересів. Водночас наголошував на тому, що в різні періоди інтереси можуть перетікати з однієї групи в іншу, можуть змінюватися їхні пріоритети³. Саме тому неможливо раз і назавжди чітко сформулювати схему інтересів і визначити методи їх регулювання. Є набір інтересів і набір методів, а ось вміло їх зіставити, збалансувати можуть професіонали (теоретики і практики), які за допомогою правових засобів повинні забезпечувати таке їх співвідношення, яке ефективно задовольнятиме потреби і відповідатиме вимогам часу.

У сучасній Україні формування ціннісної системи координат суспільства є однією з найважливіших і дискусійних проблем. Це зумовлено тим, що Україна проходить дуже складний етап історичного розвитку, коли відбувається злам суспільної свідомості громадян, детермінований переходом від традиційного суспільства до суспільства інноваційного типу, від патерналізму до активної громадянської участі, від авторитаризму до демократії. Цей процес супроводжується трансформацією ціннісних систем, які лежать в основі суспільства і держави. На зміну патерналістським цінностям формується нова система цінностей, яка передбачає чітку орієнтацію українців на європейські цінності, на моральне оздоровлення суспільства, зростання значення цінностей і культури громадянського суспільства в загальному розвитку української політичної нації, коли порівнювати з цінностями держави⁴. Зі сказаного можна зробити висновок, що в законодавстві неодмінно має бути відображено певні вимоги-принципи, які відповідали б принципам усього суспільства. У демократичній державі закон повинен виступати тією специфічною інстанцією, яка впливає не тільки на суспільство та громадян, а й на саму державу. Тому тенденція зростання ролі і значення права в житті суспільства, у забезпеченні його стабільності й функціонування корелюється з тенденцією зростання ролі і значення людини як найвищої соціальної цінності.

Цінності – це система переконань, яка керує нашими рішеннями і діями. Аби система цінностей позитивно впливала на результати діяльності, потрібно, щоб система цінностей громадян збігалася із системою

цінностей державного управління (органів державної влади), а система цінностей державного управління була інтегрована у стратегію суспільного розвитку і забезпечувала її реалізацію. За таких умов спрацьовує ефект синергії й оптимізуються стратегічні підходи в досягненні поставлених цілей розвитку. Цінності належного врядування виходять із цінностей Європейської співдружності, які закріплені в Договорі про Європейський Союз (1992 р.), у якому зазначено, що Союз заснований на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, правової держави і дотримання прав людини, зокрема прав меншин. Дотримання цих цінностей характеризує держави з позицій плюралізму, недискримінації, терпимості, справедливості, солідарності і гендерної рівності⁵. Тому, беручи до уваги євроінтеграційні прагнення України та закріплені на конституційному рівні обов'язок держави визнати, дотримуватися і захищати права і свободи людини, а також зростаючу в суспільній свідомості потребу побудови громадянського суспільства та правової держави, варто наголосити на необхідності поліпшити ситуацію у сфері забезпечення саме інтересів людини, захисту її прав і свобод.

Зазначимо, що С. Ерліх виділяв чинники, які сприяють дослідженню так званого «живого права». Насамперед це конкретне дослідження суспільного буття. «Чим детальніше є представлене, чим більше воно має індивідуальних рис, тим докладніше воно відображає живе право, тим більш живішим воно стає, тим ціннішим і тим більше науковим», – стверджував свого часу вчений. Він був переконаний, що в житті немає абстракції, вона є лише на папері⁶. Другим чинником, що є безпосереднім предметом дослідження і науки, має бути саме життя, яке потрібно найповніше вивчити (подати)⁷. Дослідженню, на думку С. Ерліха, підлягають фабрики, банки, взірцеві господарства великої осілости, підприємства «загальнопожиточних добродійних і промислових товариств», лісництво. Потрібно вивчати організацію фабрик, правові відносини робітників та урядників з адміністрацією підприємства (роздрібні і тарифні угоди); їх завдання та становище на підприємстві; підпорядкування; правові відносини осіб, які не працюють безпосередньо на підприємствах (агенти, «подорожні торговці»). Вивчення і юридичне визначення, вважає автор, має охоплювати широке коло об'єктів: сфери виробництва, права користування майном, рухомими речами, природними ресурсами; правовідносини у цивільному та виробничому обігу між підприємствами, у сфері інтелектуальної власності (винахідників і власників патентів тієї промисловості); правові спори, порядок їх ведення та вирішення державними, становими, мировими судами⁸.

Тож головним засобом запобігання конфліктам у суспільстві та їх подолання, здійснення соціального контролю є не закон, а належне спрямування юридичної практики, локальні норми, статuti юридичних осіб і практика їх реалізації. Деякі представники соціологічного напрямку (наприклад, Р. Паунд) зазначають навіть про можливість існування «юстиції без права», говорячи про визнання правомірності вільного розсуду суддів й адміністрації⁹. Багато варіантів цього напрямку зорієнтовані на систему судових та адміністративних прецедентів, тобто розраховані передусім на англо-американську систему права.

У вітчизняній соціології проблеми людини вивчено недостатньо, особливо це стосується комплексної теоретичної розробки проблематики, що передбачає узагальнення її різних аспектів – самих прав, їх місця та ролі в системі загальнолюдських цінностей (пріоритетів), аналізу сутності тих чи інших видів прав людини, емпіричних засад, проблем захисту тощо. З огляду на це у статті акцентовано увагу на модернізації та розширенні інтерпретації досліджуваного явища в контексті соціологічного підходу.

Термін «права людини» – досить складний, несе багатоаспектне смислове навантаження, його можна інтерпретувати і як філософський, і як політичний (якщо він демонструється, скажімо, як об'єкт політичної волі), і як юридичний (якщо його позиціонують, наприклад, як предмет судового захисту), і як соціологічний (якщо він вивчається як соціальний феномен за допомогою суспільної думки).

З погляду соціологічної науки розуміння терміна «права людини» охоплює кілька аспектів, які розширюють його змістове наповнення. По-перше, основне призначення прав людини полягає в забезпеченні гідності особистості, умов реалізації її прав, що містить: а) систему міжнародних та національно-правових норм, які закріплюють становище особи, правила взаємовідносин між людьми, відносини особистості (громадянина) і держави; б) передбачену правовою нормою і захищену державою соціальну можливість, що належить конкретному суб'єктові. По-друге, права людини, нарівні з іншими соціологічними термінами і категоріями, інтегруються в соціологічну науку, оскільки вони безпосередньо і невід'ємно пов'язані з різними сторонами життя соціуму¹⁰.

Як приклад розглянемо сімейне право. У цій сфері впадає у вічі суперечність між фактичним сімейним порядком і порядком, який наказують закони. У Європі немає країни, де фактично склалися в житті взаємини між чоловіком і дружиною, батьками і дітьми, сім'єю і зовнішнім світом, які відповідали б нормам писаного права, де члени сім'ї намагалися б скористатися наданими законом правами і використати їх один проти одного. Тобто законодавчо встановлене право дає тільки мінімальну картину того, що відбувається в реальному житті¹¹. Отже, соціологічний підхід у дослідженні прав людини передбачає проведення емпіричних досліджень та розробку рекомендацій з урахуванням одержаних даних (аналітичній обробці піддаються окремі групи прав, зокрема в їхній сучасній інтерпретації, а також їх сукупність, причому в нерозривному взаємозв'язку).

Специфіка сучасної дійсності зумовила потребу функціонування багатовекторної системи забезпечення прав і свобод людини та громадянина, які повинні мати вибір способів, механізмів та засобів відновлення і захисту в разі їх порушення. Отож, права людини у своїй соціологічній інтерпретації становлять інтегроване в суспільство цілісне явище правової дійсності, що має свою яскраво виражену соціальну природу, внутріш-

ні й зовнішні об'єктивні зв'язки. І саме дослідження «живого права» – це та точка, від якої повинна починатися соціологія прав людини. Вона буде спрямована на дослідження конкретного, а не абстрактного, адже, за висловлюванням Є. Ерліха, «спостереженню піддається лише конкретне»¹².

З погляду соціологічного праворозуміння досліджувана проблематика вважається важливим елементом правової дійсності й водночас має пріоритетне міжнародне значення. Основні положення, що містяться в багатьох міжнародних правових документах – Загальній декларації прав людини 1948 р., Пакті про громадянські та політичні права і Факультативному протоколі до нього 1966 р., Пакті про економічні, соціальні та культурні права 1966 р., Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. тощо, проголошують права і свободи вищою цінністю, що визначає зміст та спрямованість діяльності держави. Ці ідеї відображено також у Конституції та законах України, адже в Україні, як і в інших країнах, конституційним обов'язком є турбота про своїх громадян. Однак проблема полягає в тому, що реалізація прав і свобод людини багато в чому залежить від стану економіки, розвитку демократії, утвердження основ правової держави.

Як показує світова практика, без забезпечення прав і свобод усіх без винятку соціальних верств і груп неможливо створити повноцінну демократичну систему. Водночас саме завдяки структурам та інститутам громадянського суспільства забезпечуються базові права і свободи всіх громадян, зокрема й тих, хто перебуває під слідством, відбуває покарання в місцях позбавлення волі або визнаний з тих чи інших причин недієздатним¹³. При цьому що ширший спектр видів самореалізації населення, що більше громадян у них бере участь, то більше розвинені в суспільстві демократичні елементи, то міцніші «охоронні бар'єри», які захищають країну від авторитаризму, і навпаки. Такі невеликі можливості для громадянської самореалізації і мала кількість людей, які реалізують ті чи інші види громадянської активності, є показником слабкості демократичних тенденцій того чи іншого співтовариства, неблагополуччя у сфері реалізації базових прав і свобод.

Додамо, що погіршення ситуації з правами людини, насамперед усередині певних соціальних груп (жінки, діти, військовослужбовці, ув'язнені, біженці і вимушені переселенці, внутрішньо переміщені особи, мігранти, інваліди, пенсіонери, національні меншини та ін.) спричинятиме тільки збільшення некерованих процесів, що може поставити під загрозу безпеку самого суспільства. Тож аналіз сучасної дійсності перекоонує, що така ситуація, в якій інтереси значної частини населення не враховано владними інститутами, перешкоджає становленню демократії і потребує суттєвого коригування. Починати потрібно з переосмислення сформованих підходів до аналізу та інтерпретації моделі громадянського суспільства, точніше – її національної специфіки.

Таким чином, права людини у своїй соціологічній інтерпретації є інтегрованим у суспільство явищем правової дійсності, що має свою яскраво виражену соціальну природу, внутрішні й зовнішні предметні зв'язки та взаємозумовленість різних аспектів; вони належать усім без винятку, а їх забезпечення слугує запорукою соціально активної поведінки. Такий синтез численних аспектів концепту «права людини» з погляду соціологічної науки дає змогу запропонувати таку концепцію прав людини, за якою вони виступають об'єктом соціологічного вивчення дійсності, його невід'ємним складником. В основі аналізу різних аспектів цього поняття, що охоплюють найрізноманітніші сфери людського життя (ідеологію, політику, економіку, релігію, екологію, етику, біоетику і медицину, психологію, освіту, інформатику) і розкривають різноманітні предметні зв'язки всередині них і між ними, лежить розуміння необхідності теоретичного і практичного обґрунтування соціології прав людини.

¹ Кобан О.Г. Вчення Є. Ерліха про живе право: витребуваність сьогоденням. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2014. № 1. С. 22–24.

² Проблемы истории, методологии и теории юридической науки : монография / отв. ред. А.В. Корнев. Москва : Норма – Инфра-М, 2017. 528 с.

³ Pound R. *Social Control through Law*. New Haven : Yale University Press, 1942. P. 65.

⁴ Карлова В.В. Духовні цінності в структурі національної свідомості: українські реалії. URL: <http://academy.gov.ua/ej/ej11/txts/10kvvsur.pdf>

⁵ Суспільні цінності населення України в теоретичних і практичних вимірах. Київ: ІПіЕНД ім. І.Ф. Кураса НАН України, 2013. С. 87.

⁶ Ерліх Є. Про живе право. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. 11. № 1–2. С. 194–200.

⁷ Там само. С. 195.

⁸ Кобан О.Г. Вчення Є. Ерліха про живе право: витребуваність сьогоденням. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2014. № 1. С. 22–24.

⁹ Pound R. *Social Control through Law*. New Haven : Yale University Press, 1942. P. 66.

¹⁰ Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. ; за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. Харків : Право, 2011. С. 84.

¹¹ Як змінюється суспільство Нової України: опитування / Фонд «Демократичні ініціативи» імені Льва Кучеріва. URL: <http://dif.org.ua/article/yak-zminyuetsya-suspilstvo-novoi-ukraini>

¹² Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова ; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. Санкт-Петербург : Университ. изд. консорциум, 2011. С. 594.

¹³ Центр досліджень IRI: суспільно-політичні настрої українців. URL : http://ratinggroup.ua/research/ukraine/centr_issledovaniy_iri_obschestvenno-politicheskie_nastroeniya_ukraincev.html

Резюме

Подорожна Т.С., Котуха О.С. «Живе право» та права людини як ціннісна система координат.

У статті розглянуто концепт «права людини» з точки зору соціології права. Акцентовано на модернізації та розширенні інтерпретації прав людини в контексті соціологічного підходу. Зазначено, що термін «права людини» – досить складний, має багатоаспектне смислове навантаження, його можна інтерпретувати і як філософський, і як політичний (якщо він демонструється, скажімо, як об'єкт політичної волі), і як юридичний (якщо його позиціонують, наприклад, як предмет судового захисту), і як соціологічний (якщо він вивчається як соціальний феномен за допомогою суспільної думки).

Підкреслюється, що без забезпечення прав і свобод усіх без винятку соціальних верств і груп неможливо створити повноцінну демократичну систему. Водночас саме завдяки структурам та інститутам громадянського суспільства забезпечуються базові права і свободи всіх громадян.

Зроблено висновок, що права людини у своїй соціологічній інтерпретації є інтегрованим у суспільство явищем дійсності, що має свою яскраво виражену соціальну природу, внутрішні й зовнішні предметні зв'язки та взаємозумовленість різних аспектів; вони належать усім без винятку, а їх забезпечення слугує запорукою соціально активної поведінки.

Ключові слова: права людини, живе право, соціологія права, соціальні цінності, суспільна свідомість, громадянська активність.

Резюме

Подорожная Т.С., Котуха А.С. «Живое право» и права человека как ценностная система координат.

В статье рассмотрены концепт «права человека» с точки зрения социологии права. Акцентируется на модернизации и расширении интерпретации прав человека в контексте социологического подхода. Указано, что термин «права человека» – довольно сложный, имеет многоаспектную смысловую нагрузку, его можно интерпретировать и как философский, и как политический (если он демонстрируется, скажем, как объект политической воли), и как юридический (если его позиционируют, например, как предмет судебной защиты), и как социологический (если он изучается как социальный феномен с помощью общественной мысли).

Подчеркивается, что без обеспечения прав и свобод всех без исключения социальных слоев и групп невозможно создать полноценную демократическую систему. Вместе с тем именно благодаря структурам и институтам гражданского общества обеспечиваются базовые права и свободы всех граждан.

Сделан вывод, что права человека в своей социологической интерпретации являются интегрированным в общество явлением действительности, которая имеет свою ярко выраженную социальную природу, внутренние и внешние предметные связи и взаимообусловленность разных аспектов; они принадлежат всем без исключения, а их обеспечение служит ручательством социально активного поведения.

Ключевые слова: права человека, живое право, социология права, социальные ценности, общественное сознание, гражданское активное поведение.

Summary

Tetiana Podorozhna, Oleksandr Kotukha. “Living law” and human rights as a value-based coordinate system.

The article considers the concept of human rights in terms of sociology of law. The modernization and expansion of the interpretation of human rights in the context of the sociological approach are emphasized. It is noted that the term “human rights” is quite complex, its semantic meaning is multifaceted, it can be interpreted as philosophical, as political (if demonstrated, for example, as an object of political will), as legal (if positioned, for example, as a subject of judicial protection), and as sociological (if studied as a social phenomenon by means of public opinion). From the sociological point of view, the understanding of the term “human rights” encompasses several aspects expanding its content. Firstly, the main purpose of human rights is to ensure the individual’s dignity, the conditions for the realization of his or her rights, including: a) the system of international and national norms enshrining the individual’s status, the rules of relations between individuals and between an individual and a state; b) a social opportunity provided by a norm and protected by the state and belonging to a specific subject. Secondly, human rights, along with other sociological terms and categories, are integrated into sociology as they are directly and inextricably linked to various aspects of public life.

It is emphasized that without ensuring the rights and freedoms of all social strata and groups, it is impossible to create a full-fledged democratic system. At the same time, it is through the structures and institutions of civil society that the basic rights and freedoms of all citizens are ensured, including those who are under investigation, serving sentences or having been declared incompetent due to any reason.

It is concluded that human rights in its sociological interpretation are a phenomenon integrated in society, which has its own expressed social nature, internal and external subject relations and interdependence of various aspects; human rights belong to everyone, and their ensuring serves as a guarantee for socially active behavior. From the sociological point of view, this synthesis of numerous aspects of the concept of human rights allows proposing the concept of human rights, according to which they are the object of sociological study of reality, its integral component.

Key words: human rights, “living law”, sociology of law, social values, public opinion, civic engagement.

С.Я. ФУРСА, Є.І. ФУРСА

Світлана Ярославівна Фурса, доктор юридичних наук, професор Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ORCID: 0000-0002-3023-5287

Євген Іванович Фурса, кандидат юридичних наук, професор Київського національного торговельно-економічного університету**

ORCID: 0000-0002-3023-5287

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА В ПРОЦЕСІ РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА

Постановка проблеми. У сучасній правовій науці України слід виділити ту її галузь, яка забезпечить динамічну та об'єктивну реакцію науковців на законодавчі ініціативи влади та надасть випереджаючий законотворчості напрям руху правової системи України в інтересах охорони й захисту прав людини. Тільки так можна зупинити законотворчі експерименти над громадянами України, коли суспільство і фахівці знаходяться в стані постійного реформування, а мети такого реформування не визначено.

Якщо проаналізувати попередній етап становлення України як незалежної правової держави, то можна зробити висновок про те, що він увесь складається з постійного реформування державного устрою та суспільних відносин. Цілком зрозумілими є труднощі, пов'язані з переходом соціалістичної республіки колишнього Радянського Союзу на капіталістичні рейки, але наша держава не єдина в світі, яка пройшла цей шлях, однак опинилася не в найкращому економічному, політичному і, головне, правовому становищі. При цьому останні тенденції в реформуванні суспільних відносин викликають особливе занепокоєння через те, що робляться хаотичні кроки кардинальної зміни норм законодавства і це відбувається на базі істотного погіршення економічної ситуації в державі, що викликає ще більше занепокоєння, оскільки погіршується життя населення нашої країни. Водночас зовнішні показники – велика кількість захищених кандидатських та докторських дисертацій доводять величезну роботу та потенціал вчених у сфері права, який владою не використовується. Отже, одна з головних проблем в Україні зумовлена тим, що влада, не використовуючи науковий потенціал, проводить реформи, а науковці вважають, що їх дослідження сприяють розвитку нашої держави.

У зв'язку з цим вважаємо доцільним сформувати ті ознаки правової держави, якою ми її хочемо бачити в найближчий час, через п'ять років і бажано на наступні періоди. Крім того, реформування потребує прийняття швидких рішень, але такі рішення все ж таки варто обговорювати з фахівцями, щоб вони не завдали шкоди нашій державі, її народу. Вважаємо, що таким глобальним аналізом мають займатися фахівці, які здійснюють дослідження з філософії права, оскільки цей напрям науки незаангажований на власному чітко визначеному предметі, а дає змогу системно аналізувати помилки, робити узагальнення, передбачати позитивні й негативні результати впровадження наукових гіпотез у правову систему України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій: Об'єктом дослідження стали наукові праці вчених у галузі філософії права, зокрема погляд на філософію права як самостійну наукову дисципліну, яка має власний предмет досліджень, але в силу його специфіки охоплює «прикордонну» сферу між філософією та юриспруденцією, використовуючи методологію першої при дослідженні останньої (*Shyshko, 2003*); концепція про те, що в предмет філософії права закладається лише філософський погляд на загальні проблеми в сприйнятті права (*Marchenko, 2015; Danyljjan, Dzjobanj, & Maksymov, 2009*), побудова філософської системи знань про право, що розглядають суспільні відносини, які здійснюються з позиції загальних закономірностей їхньої правової форми, правової організації, правопорядку (*Selivanov, 2003*); роботи, де ґрунтовно аналізуються не тільки проблеми суто юриспруденції, а й визначаються взаємопов'язані проблеми в політології, робляться спроби перейти до розуміння філософії в окремих галузях правової науки, зокрема у конституційному праві, враховувати особливості психології (*Kostycjkyj, 2009*), а також і в таких науках, як адвокатура¹ (*Fursa S. 2019*), нотаріат² (*Fursa S. 2001, Fursa S. 2012*); деякі вчені такий метод філософії, як порівняльне правознавство, розглядають як самостійну галузь правової науки ((*Petryshyna, Poghrebnyak, Luk'janov & Bylja-Sabadash, 2012*), інші (*Kyrychenko & Kurakin, 2012; Fedorova, 2018*) використовують методи філософії для дослідження окремих аспектів у галузевих науках, говорять про «правові трансплантанти» як ідею легкого способу проведення правових реформ (*Leghran, 2013*).

© С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, 2020

* *Svitlana Fursa, Dr. hab. in Law, Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

** *Yevhen Fursa, Ph.D. in Law, Professor of Kyiv National University of Trade and Economics*

Формулювання мети статті. Із урахуванням вищенаведеного метою статті є розробка концепції нового сприйняття функцій і змісту філософії права, яка має спиратися на філософії відповідних галузей права та інтегрувати головні напрями наступного руху правової системи в єдину узгоджену модель з метою охорони й захисту прав та інтересів людини та громадянина.

Виклад основного матеріалу. Для глибокого аналізу поняття «філософія права» необхідно буде ґрунтовно проаналізувати весь попередній досвід і сучасні тенденції сприйняття та застосування цього поняття. Але це нереально здійснити в межах однієї статті, оскільки охопити такий величезний масив інформації неможливо. Тому проаналізуємо це поняття в контексті його нормативного визначення та сприйняття вченими. Так, відповідно до Паспортів спеціальностей, затверджених постановою президії ВАК України від 8 жовтня 2008 р. № 45-06/7, філософія права – «Галузь юридичних наук, яка досліджує різноманіття філософських інтерпретацій смислу, призначення та логіки права, розкриває фундаментальні основи його обґрунтування, що знаходять вияв в онтологічній, епістемологічній, аксіологічній, антропологічній, практично-сеологічній проблематиці, розглядає світоглядні аспекти взаємозв'язку права та держави, виявляє філософські засади міжнародного права та галузевих юридичних дисциплін, визначає соціокультурні тенденції розвитку права»³ (*Pasporty special'nostej: postanova prezidiji VAK Ukrainy vid 8 zhovtnja 2008 № 45-06/7*). Тобто філософія права не орієнтована на певні шаблони в сприйнятті правової системи як, наприклад, конституційне право спирається на Конституцію України, а передбачає застосовувати гнучку систему критеріїв для оцінки стану правової системи тощо.

Тепер розглянемо, який погляд на філософію права мають науковці. Деякі з яких визнають⁴ (*Shyshko, 2003*), що «філософія права – це самостійна наукова дисципліна, яка має власний предмет досліджень. У силу специфіки предмета дослідження, вона охоплює «прикордонну» сферу між філософією та юриспруденцією, використовуючи методологію першої при дослідженні останньої» (р. 44). Здається, що таке сприйняття філософії права значною мірою спрощує його і позбавляє тих важливих рис, які право набуває у разі його синтезу з філософією, а не використання для дослідження в «прикордонних сферах». Так само, на нашу думку, не можна розцінювати філософію лише як набір інструментарію у вигляді вироблених тисячоліттями методів дослідження, оскільки так ми відкидатимемо величезний пласт важливої інформації про те, як видатні філософи бачили ідеальний державний устрій, міру справедливості у взаємовідносинах тощо. Дійсно, конструктивно-критичний аналіз дає нам сьогодні змогу говорити про виявлені помилки і неможливість реалізації ідеальної моделі держави. Водночас потребує істотних досліджень увесь період розвитку суспільних відносин, трансформацій в державному устрої як зі стародавніх часів, так і в недалекому минулому. Такий аналіз є необхідним для того, щоб не робити повторно помилок у розвитку державного устрою. У багатьох дослідженнях домінує подібний підхід, коли в предмет філософії права закладається лише філософський погляд на загальні проблеми в сприйнятті права, а не досліджуються сучасні проблеми в розвитку правової системи України^{5,6} (*Marchenko, 2015; Danyljan, Dzjobanj, & Maksymov, 2009*).

Інші сучасні вчені окреслюють ті межі, які мають цікавити дослідників філософії права, так:

«Питання про правомірність побудови філософської системи знань про право, що розглядають суспільні відносини з позиції загальних закономірностей їхньої правової форми, правової організації, правопорядку, стає особливо актуальним в умовах необхідності реалізації конституційно закріпленого наміру формувати, розвивати і зміцнювати демократичну, правову, соціальну державу, тоді як суспільна правова свідомість в Україні, як і в інших пострадянських країнах, характеризується підвищеною рефлексією»⁷ (*Selivanov, 2003, p. 67*).

У цій концептуально важливій фразі закладено багатомірне сприйняття філософії права не тільки як фундаментальної науки, а й одночасно як пов'язаної зі свідомістю людей, їх сприйняттям права в той чи інший проміжок часу тощо. «Суспільна рефлексія» складалася за певних умов, коли значна частина громадян України в ранній пострадянський період втратила накопичені за життя вклади, роботу і відповідні засоби до існування, а також повагу до їх колишньої ділової репутації, коли у результаті економічної ситуації досвідчені фахівці змушені були шукати роботу абсолютно не за профілем їх попередньої діяльності тощо. Отже, така «рефлексія» зумовлювалася порівнянням рівня життя до відповідного реформування державного устрою і після. З такого прикладу необхідно зробити висновок, що одним із показників «суспільної правової свідомості в Україні» є рівень життя переважної більшості громадян, які вимірюють досконалість правової системи за власними показниками життя...

Тому тут варто продовжити цитування вченого В.М. Селіванова, який побачив таке:

«Знання філософії права або філософські знання про право пов'язані з потребою сучасної людини системно усвідомлювати різнобічну правову дійсність, протилежності і взаємодоповнення між правом у собі і для себе і тим явищем, якому зовнішнє свавілля надає силу права, тим, що є, і тим, що має бути. По суті йдеться про необхідність визначення місця права в житті людини і місця людини в правовій дійсності, пізнання й осягнення ідей і думок щодо права як реального багатоаспектного соціального явища та його юридичної форми»⁸ (*Selivanov, 2003, p. 70*).

Для пересічних громадян наявність або відсутність філософії права не відіграє будь-якої ролі, а результат діяльності вчених у цій сфері правової науки вони так само будуть вимірювати за власними критеріями. Разом із тим можна з впевненістю стверджувати, що фахівці в галузі філософії права мали б активно реагувати на ті помилкові кроки у реформуванні правової системи держави, які призвели до зниження рівня життя населення.

Наслідки такого хаотичного розвитку нашої правової системи можна спостерігати до останнього часу, оскільки при відсутності сучасної ідеологічної доктрини було взято курс на декомунізацію, який асоціювався зі знесенням пам'ятників, перейменуванням міст, вулиць, але не супроводжувався формуванням власних ідеологічних суспільних орієнтирів. Хаотичність полягає в тому, що у преамбулі до чинного Житлового кодексу України до моменту написання цієї статті містяться такі положення:

«Втілюючи в життя лєнінські ідеї побудови комуністичного суспільства і здійснюючи курс на підвищення матеріального та культурного рівня життя народу, Радянська держава послідовно реалізує розроблену Комуністичною партією програму житлового будівництва»⁹ (*Zhytlovyj kodeks Ukrainy, 1983*).

Ця цитата доводить те, що для побудови раціональної моделі сучасної правової системи України бракує такого філософського методу досліджень, як системний, оскільки саме цей метод дає змогу визначити цілі й оптимальні способи досягнення бажаного результату.

Отже, варто визнати, що запозичуючи термін «філософія» і поєднуючи його з поняттям «право» в один термін, потрібно мати на увазі зовсім іншу мету – побудову тієї оптимальної моделі правової держави, де переважна більшість населення буде вважати себе задоволеною. Такі моделі пропонувало багато стародавніх мислителів, але кожна країна в певний час має розраховувати на досягнення власних цілей, які формуються лідерами держави і мають втілюватися в реальні кроки всіма гілками влади. Наприклад, наша держава отримала величезний досвід, який зумовлений трансформацією правової системи України, титанічні зрушення відбулися і в правовій науці.

Не так давно право в Україні, як і в багатьох інших радянських республіках, сприймалося як догма, норми якого потрібно було цитувати як абсолютну істину. Дійсно, переважна більшість норм законодавства нагадували догми, оскільки тривалий час зберігали чинність і завчалися правознавцями напам'ять. Відійти від догматичного сприйняття норм законодавства змусило багато факторів, серед яких до найважливіших можна віднести їх швидку зміну і у результаті цього нестабільність правової системи. Як наслідок, швидко створюване законодавство містило багато помилок та неузгодженостей, а це породжувало необхідність усувати такі законодавчі недоліки на практиці при їх застосуванні. Як можна вимагати дотримуватися вимог законодавства, яке містить очевидні недоліки?

На перший план у філософському сприйнятті права виходять природні права людини, які не можна обмежувати нормами законодавства, об'єктивний баланс між інтересами окремого громадянина та інтересами суспільства тощо. Саме філософське сприйняття права дало змогу визначити пріоритетним принцип верховенства права, який на сьогодні визнаний домінуючим у нашій державі, але не розкритим за змістом, практично, в жодному нормативному акті. Тому таке поняття, як «філософія права», нашою хується на намагання сприйняти його в нерозвиненій формі – окремих і безсистемних ідей, відтворити у законодавстві його несформовані й неузгоджені елементи – принципи, що мають декларативний, а не дієвий характер застосування тощо.

У зв'язку з цим у переважній, якщо не в абсолютній більшості випадків в Україні законодавство орієнтоване на досягнення певної сьогоденної цілі, і процес його реформування нагадує експерименти над людьми. Так, принцип верховенства права став настільки популярним, що його не тільки почали використовувати політики у своїх промовах, а й застосовують у нових нормативних актах без узгодження зі змістом і цілеспрямованістю цього нормативного акта як певну самоціль. З таким сприйняттям цього принципу абсолютно погодитися не можна, оскільки про домінування верховенства права можна говорити в тих випадках, коли закон або підзаконний акт порушує права людини. Отже, певна ціль правової держави – створення законодавства, яке буде забезпечувати права людини так, щоб не відбувалося правопорушень або такі правопорушення швидко ліквідовувалися та відбувалося відновлення прав, щоб саме законодавство було проникнуте охороною прав людини та ї майбутньому не довелось звертатися до Конституційного Суду України за визнанням законів неконституційними. Отже, принцип верховенства права варто визнавати не домінуючим, а скоріше винятком для демократичної правової країни.

Але варто зазначити, що філософія права – це погляд у майбутнє нашої держави, її державний устрій з урахуванням пройденого етапу розвитку і застереженням тих помилок, які вже були зроблені на цьому шляху. Тобто філософія права має визначати, які напрями розвитку держави є оптимальними і раціональними на шляху поліпшення державного устрою, життя народу та окремого громадянина зокрема. Такий погляд можна знайти в книзі М.В. Костицького «Філософські та психологічні проблеми юриспруденції», де ним ґрунтовно аналізуються не тільки проблеми суто юриспруденції, а й визначаються взаємопов'язані проблеми в політології, робляться спроби перейти до розуміння філософії в окремих галузях правової науки, зокрема у конституційному праві, враховувати особливості психології¹⁰ (*Kostyckyj, 2009*), а також і в таких науках, як адвокатура, нотаріат.

Цілком очевидно, що неможливо охопити одному автору всю проблематику філософії права, оскільки кожна галузь правової науки повинна мати об'єктивні орієнтири у своєму розвитку і саме над цим питанням мають працювати провідні українські вчені. Інакше й надалі наша правова система буде «розвиватися» законодавчими реформами, які поки що не дають позитивних результатів, оскільки не спираються на виважену і системну модель, вироблену на майбутнє. У зв'язку із цим вважаємо, що філософія права має спиратися на по-філософському виважені правові доктрини в певних галузях правової науки, які після їх узгодження і мають надавати орієнтири в розвитку правової системи України.

Українська ж правова система знаходиться в стані постійного реформування і це, на жаль, стає не тільки способом досягнення бажаного результату, а й доволі часто самоціллю самого процесу перебудови дер-

жавного устрою, коли оновлюються склад певного органу або відповідне законодавство лише в певній сфері і без узгодження з іншими сферами діяльності правоохоронної системи.

Таким чином, філософський погляд на правову систему має бути незаангажованим, але разом із тим позиції науковців повинні бути обґрунтованими, а не тільки базуватися на ідеї, що запозичений з розвинених країн досвід обов'язково слід впроваджувати в Україні.

Водночас багато хто з фахівців навіть не помітив появу серед галузей правової науки порівняльного правознавства¹¹ (*Petryshyna, Poghrebnyak, Luk'janov & Bylja-Sabadash, 2012*), але виникає питання, а як метод філософії міг стати правовою наукою, встановити важко, оскільки накопичення інформації з іноземних джерел вимагає систематизації інформації, що, у свою чергу, потребуватиме отриманні під час порівняльних дослідження результати впроваджувати в ту чи іншу галузь правової науки України. Тому важко погодитися з тим положенням, що порівняння може слугувати самоціллю, а не способом розробки альтернативних варіантів розвитку тієї чи іншої галузі правової науки. Зокрема, багато дослідників цілком виправдано займаються дослідженням іноземних правових систем в контексті тієї чи іншої галузі права України^{12,13} (*Kurychenko & Kurakin, 2012; Fedorova, 2018*). Тому не варто знецінювати такий елемент філософії права, як порівняльний, що запозичений з методології філософії, але А.Л. Федорова мала метою удосконалити трудове законодавство України шляхом порівняльного аналізу і вибору найліпших досягнень європейських держав та інших країн світу, міжнародно-правових норм та положень трудового права ЄС для їх запозичення в правову систему України. При цьому у порівняльному правознавстві існують доволі цікаві заперечення щодо можливості й доцільності запозичення іноземних норм до власної правової системи. Так, П. Легран вважає «правові зміни через правові трансплантанти» ідеєю легкого способу правових реформ, яка є оманливою, і доводить неможливість «правових трансплантантів». Сприйняття і пізнання відмінностей, унікальностей, інакшості іншого, на думку автора, мають бути основним фокусом порівняльного права¹⁴ (*Leghran, 2013*).

Автори поділяють цю позицію та водночас вважають, що не можна, запозичивши все законодавство Швеції, досягнути рівня життя шведів для українців, оскільки варто враховувати економічний стан, ментальність народу та багато інших чинників. Тому слід визнати, що філософія права не тільки запозичує методологію з філософії, а й визначає ту мету, якої має досягти та чи інша галузь правової науки у своєму розвитку, зокрема, шляхом запозичення іноземного правового «інструментарію», який потрібно адаптувати до умов правової системи держави. Наприклад, прогресуючий податок на прибуток підприємств потенційно може позитивно вплинути на збільшення заробітних плат і рівня життя населення, але потрібно паралельно долати проблему ухилення від сплати податків тощо. Отже, перед філософією права має стояти завдання щодо створення механізмів поліпшення якості матеріального забезпечення життя населення і не тільки працюючого тощо.

Наведені та інші аспекти доводять загальний висновок про те, що філософія права в сучасних умовах реформування правової системи України має дозволити виробити системну модель її удосконалення, а не фрагментарну. Якщо встановити метою правової системи України її самодостатність, яка оптимально узгоджуватиметься з її незалежністю, то стануть очевидними й відповіді на інші питання. Так, найбільш дискусійне питання в Україні потребує глибокого і всебічного аналізу. Зокрема, продаж державного земельного фонду має поповнити державний бюджет, але продаж землі у великих обсягах однозначно призведе до її знецінення, породить величезну корупцію, збільшить кількість рейдерських захоплень земельних ділянок тощо. Отже, до таких викликів має бути готова правоохоронна система держави, але вона не здатна впоратися із сучасною криміногенною ситуацією, не говорячи вже про її зростання у зв'язку із запровадженням ринку землі. У сільській місцевості доволі часто землею володіють незаможні особи похилого віку і їх власність на землю може стати легкою здобиччю для всілякого роду шахраїв, отже, їх права мають охоронятися наданням їм безоплатної правової допомоги. Зокрема, їм має бути надана альтернатива – укладення договорів довічного утримання (догляду), але з державною гарантією, що через півроку їх не позбавлять відповідних прав.

Крім того, отримання значних коштів до державного бюджету повинно мати певну мету – економічний розвиток держави.

Перелічені та багато інших питань сьогодні стоїть перед наукою, але на відміну від політиків, які здатні пояснити свою позицію сьогодні, а завтра їх при владі вже не буде, науковці мають дивитися в майбутнє і прогнозувати, якою стане наша держава, якщо сьогодні не зупинити владу в непродуманому реформуванні, зокрема й правоохоронних органів.

Висновки. Філософія права в сучасних умовах має відповісти на глобальне питання, чому наша держава перебуває в постійному стані реформування, але правова система держави стає все менш передбачуваною у розвитку та не відповідає потребам громадян. Вважаємо, що попередні та сучасні тенденції розвитку нашої країни як незалежної, правової, соціальної держави не мають чітко визначеної мети, тому запропоновано виділити нову функцію філософії права – визначення мети і системного напрямку реформування правової системи України до рівня самодостатньої країни, а також способів досягнення мети через удосконалення діяльності правоохоронних та правозахисних органів.

Сучасні тенденції в розвитку правової системи України спираються на різні тактичні постулати щодо залучення інвестицій, побудови й ремонту автодоріг, перейменування міліції в поліцію, реформування судової системи, створення ринку землі, передачу важливих об'єктів інфраструктури в концесію тощо, але не встановлюється стратегічна мета реформування – самодостатня держава Україна. Ця мета і має визначати пріоритети у розвитку правової системи України та може надати відповіді на багато питань, які виникають

при реформуванні державного устрою. Якщо у ст. 1 Конституції України визначено: «Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава», з чим важко не погодитися, то як сприймати положення преамбули Конституції України щодо незворотності європейського та євроатлантичного курсу України. Загальновідомо, що при вступі до Європейського Союзу або Північно атлантичного альянсу України доведеться частину власних повноважень передати міжнародним організаціям, отже, положення про суверенність і незалежність відійдуть на другий план і потребуватимуть внесення змін до Конституції України. Навіщо це положення вносити до Конституції України, якщо, по-перше, поки що не йдеться про реальну можливість вступу України до цих міжнародних організацій і, по-друге, така теза розколює народ України? Наведені та багато інших сучасних викликів потрібно сьогодні вирішувати, на наш погляд, не тільки з позицій філософії, а й враховуючи положення чинної правової системи України та перспективні напрями її можливого позитивного реформування.

Отже, теорія самодостатньої держави в Україні не розроблена, але саме вона здатна забезпечити ті визначальні принципи державного устрою, які проголошені в Основному Законі та мають забезпечити високий рівень життя власних громадян і реальну незалежність та якісну правову систему.

Напрями досліджень філософії права як галузі правової науки України мають бути переорієнтовані на динамічне протистояння тим викликам, які мають місце в сучасній правовій системі України, на аналіз, прогнозування й застереження негативних наслідків від змін у державному устрої України, вироблення виваженої моделі поступового розвитку нашої держави та її інститутів, діяльність яких насамперед має бути спрямована на охорону та захист прав, інтересів та свобод людини – громадянина у демократичному суспільстві. Запропонована концепція самодостатньої держави має стимулювати також всі наступні кроки у розвитку правової системи України, а також узгоджувати напрями удосконалення окремих галузей правової науки, які мають системно забезпечувати самодостатність нашої держави як у внутрішніх, так і у зовнішніх відносинах.

Запропоновані ж авторами висновки мають застерегти від швидких та необґрунтованих кроків у реформуванні державного устрою нашої держави і до встановлення оптимальних форм державного управління професійними фахівцями, але у чітко визначених межах їх повноважень з метою проведення стратегічних, реальних та продуманих реформ відповідно до розроблених фахівцями концепції у всіх сферах суспільного життя.

¹ Фурса С. Адвокатура крізь призму національної правової доктрини. *Право України*. 2019. № 12. С. 16–41.

² Фурса С.Я. Нотаріальна процедура і правосвідомість. *Нотаріат в Україні : теорія і практика*. Київ: А.С.К., 2001. С. 28–35; Фурса С.Я., Фурса Є.І. Нотаріат і адвокатура в Українській неоліберальній державі. *Збірник матеріалів конференції «Філософські, методологічні, та психологічні проблеми права»* (м. Київ, 17 листопада 2012 р.). Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2012. С. 230–232.

³ Паспорти спеціальностей: постанова президії ВАК України від 8 жовтня 2008 р. № 45-06/7. URL: http://db.ippi.org.ua/doc/D305_02.pdf

⁴ Шишко В.В. Філософія права в системі юридичних наук. *Проблеми філософії права*. 2003. Т. 1. С. 44–47.

⁵ Марченко О.В. Філософія права: навч. посіб. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. 304 с.

⁶ Філософія права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань, С.І. Максимов та ін. ; за ред. д-ра філос. наук, проф. О.Г. Данильяна. Харків: Право, 2009. 208 с.

⁷ Селіванов В.М. Право у дзеркалі філософії. *Проблеми філософії права*. 2003. Т. I. С. 67–71.

⁸ Там само.

⁹ Житловий кодекс України від 30.06.1983 р. № 5465-Х. *ВВР Української РСР*. 1983. № 28. Ст. 573.

¹⁰ Костицький М.В. Філософські та психологічні проблеми юриспруденції. Кн. 1: Вибр. наук. пр. Чернівці : Рута, 2009. 580 с.

¹¹ Порівняльне правознавство : підручник / С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов, І.О. Биля-Сабадаш та ін. ; за заг. ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2012. 272 с.

¹² Кириченко В.М., Куракін О.М. Порівняльне конституційне право: модульний курс: навч. посіб. Київ: Центр учбової літератури, 2012. 256 с.

¹³ Федорова А.Л. Порівняльне трудове право: підручник. Одеса: Фенікс, 2018. 352 с.

¹⁴ Легран П. Неможливість «правових трансплантантів». *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1–2. С. 46–59.

Резюме

Фурса С.Я., Фурса Є.І. Філософія права в процесі реформування правової системи України: теорія і практика.

Дослідження спрямоване на розробку концепції нового сприйняття функцій і змісту філософії права, яка має спиратися на філософії відповідних галузей права та інтегрувати головні напрями подальшого руху правової системи в єдину узгоджену модель з метою охорони й захисту прав та інтересів людини і громадянина в Україні.

Авторами запропоновано виділити нову функцію філософії права – визначення мети і системного напрямку реформування правової системи України, а також способів досягнення мети через удосконалення діяльності правоохоронних та правозахисних органів. Сучасні тенденції розвитку правової системи України нині спираються на вирішення різних тактичних завдань у різних сферах держави, але не встановлюється стратегічна мета її реформування – самодостатня держава Україна. Саме ця мета й має визначати пріоритети у розвитку правової системи України як суверенної, незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Ключові слова: філософія права, реформування, правова наука, влада, людина, права, свободи, охорона, захист.

Резюме

Фурса С.Я., Фурса Е.И. Философия права в процессе реформирования правовой системы Украины: теория и практика.

Исследование направлено на разработку концепции нового восприятия функций и содержания философии права, которая должна опираться на философии соответствующих отраслей права и интегрировать основные направления дальнейшего движения правовой системы в единую согласованную модель с целью охраны и защиты прав и интересов человека и гражданина в Украине.

Авторами предложено выделить новую функцию философии права – определение цели и системного направления реформирования правовой системы Украины, а также способов достижения цели через совершенствование деятельности правоохранительных и правозащитных органов. Современные тенденции развития правовой системы Украины сейчас опираются на решения различных тактических задач в разных сферах государства, но не устанавливается стратегическая цель ее реформирования – самодостаточное государство Украина. Именно эта цель и должна определять приоритеты в развитии правовой системы Украины как суверенного, независимого, демократического, социального, правового государства.

Ключевые слова: философия права, реформирование, правовая наука, власть, человек, права, свободы, охрана, защита.

Summary

Svitlana Fursa, Yevhen Fursa. Philosophy of law in the process of reforming the legal system of Ukraine: theory and practice.

The research aims at developing the concept of a new perception and content of philosophy of law which should be based on the philosophies of the relevant fields of law and integrate the main directions of further evolution of the legal system into a single harmonized model in order to protect rights and interests of the individual and the citizen. Theoretical basis comprises modern concepts of scholars in the field of philosophy of law, whose typical and original ideas have been selected and analyzed. Also, the paper constructively and critically analyzes their correspondence to contemporary problems of the legal system of Ukraine. The authors identify a new function of philosophy of law – defining the purpose and systematic direction of reforming the legal system of Ukraine, as well as the ways to achieve the goal through improving the activities of law enforcement and human rights bodies. Current tendencies in the development of the legal system of Ukraine are based on the solution of various tactical tasks, in particular, in the sphere of economy, health care, social security, the judicial system; however, the strategic goal of its reforming – the self-sufficient state of Ukraine – has not been set. This very goal should set priorities in the development of the legal system of Ukraine as a sovereign, independent, democratic, social, law-based state. At the same time, the preamble to the Constitution of Ukraine stipulates the irreversibility of the European and Euro-Atlantic course of Ukraine, which will have to delegate some of its powers to international organizations. The provisions regarding sovereignty and independence of the state will lose priority, which will lead to amendments to the Constitution of Ukraine. At the same time, the theory of a self-sufficient state has not been developed in Ukraine. However, due to this theory the implementation of the defining principles of the state system, proclaimed in the Constitution of Ukraine and capable of ensuring a high standard of living of their citizens and their real independence should be guaranteed.

Key words: philosophy of law; reforming; legal science; power; humans; rights; freedoms; protection.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.05

УДК 340.13

О.О. БАРАБАШ, Д.Є. ЗАБЗАЛЮК

*Ольга Олегівна Барабаш, доктор юридичних наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0003-2666-9696

*Дмитро Євгенович Забзалюк, кандидат історичних наук, доцент, завідувач кафедри Львівського державного університету внутрішніх справ***

ORCID: 0000-0002-1041-0148

СИСТЕМА ПІДГОТОВКИ МАЙБУТНІХ СПІВРОБІТНИКІВ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ: ВПРОВАДЖЕННЯ КОМПЕТЕНТІСНОГО ПІДХОДУ

Радикальне оновлення українського суспільства в останні роки привело до визнання людини вищою цінністю, а гарантію її прав і свобод – найважливішим обов'язком держави. Держава, виступаючи реформатором і діючим суб'єктом реформування, ставить завдання підвищення ефективності діяльності Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) України в забезпеченні безпеки, захисту прав і свобод людини та громадянина як основну мету здійснення адміністративної реформи, що вимагає розгляду структури побудови адміністративної діяльності органів внутрішніх справ як цілісної «суб'єкт-об'єктно-середовищної» системи¹.

© О.О. Барабаш, Д.Є. Забзалюк, 2020

* *Olha Barabash, Dr. Hab. in Law, Professor, Associate Professor of Lviv State University of Internal Affairs*

** *Dmytro Zabzaliuk, Ph.D. in History, Associate Professor, Head of the Department of Lviv State University of Internal Affairs*

Своєю чергою, від становлення особистості нового типу прямо залежить і формування відкритого демократичного суспільства. Водночас в умовах сьогочасних соціально-економічних реформ, що супроводжуються складністю криміногенної обстановки в країні, особливої значущості набуває підготовка висококваліфікованих фахівців для органів внутрішніх справ, здатних забезпечити високу ефективність протидії правопорушенням, зокрема професійній злочинності. Саме тому принципи реформування органів внутрішніх справ як споріднені та універсальні категорії узагальнено можна сформулювати так: верховенство права, деполітизація, демілітаризація, децентралізація, підзвітність та прозорість у роботі, тісна співпраця з населенням та місцевими громадами, *професійна підготовка персоналу*².

Безумовно, в умовах розбудови діяльності правоохоронних органів нашої держави особливу увагу сьогодні привертають питання, пов'язані зі здійсненням належної професійної підготовки їх особового складу. Це, на думку дослідників, викликано, по-перше, поступовим переходом діяльності вітчизняних силових структур, зокрема й Національної поліції України, до європейських стандартів навчання; по-друге, збройна агресія на сході нашої держави зумовлює перегляд змісту навчання працівників поліції, які виконують професійні обов'язки в зоні антитерористичної операції; по-третє, на сьогодні зростає кількість протиправних діянь, які вчиняються із застосуванням вогнепальної зброї та вибухівки, сучасних інформаційних технологій, на ґрунті расової нетерпимості, ксенофобії тощо.

Глибокі й багатовекторні перетворення в правоохоронній сфері суспільства почали висувати високі вимоги до співробітника органів внутрішніх справ, його діяльності та особистості. Виникла гостра потреба у висококласних професіоналах, здатних самостійно ухвалювати рішення й ефективно діяти в умовах високої невизначеності та ризику. Така ситуація в країні вимагає від усього особового складу Національної поліції володіння сучасними професійними знаннями і навичками щодо протидії злочинності, груповим порушенням публічної безпеки і порядку, виявлення та знешкодження організованих злочинних груп тощо. З огляду на це були спроби реформувати поліцейські структури, обстоюється ідея партнерської взаємодії громадян та авторитарних інститутів, до яких і належать органи внутрішніх справ³. Адже пріоритетним напрямом роботи поліції має бути служіння потребам і окремих громадян, і суспільних груп, і суспільства загалом. Йдеться про готовність поліції ефективно реагувати на заяви громадян, підтримувати з ними постійний зв'язок та інформувати про хід розгляду їхніх справ. В ідеалі всі заяви і скарги громадян (без винятків) мають бути зареєстровані і своєчасно розглянуті, незалежно від того, чи має заявник якісь привілеї або, навпаки, є частково обмеженим у реалізації певних прав. Одночасно від поліції очікується високий рівень толерантності до вразливих груп населення, які потребують підвищеної уваги та додаткового захисту своїх прав з боку поліції⁴.

Відповідно до Положення про Міністерство внутрішніх справ України (пп. 56 п. 4), на базі навчальних закладів, що належать до сфери управління Міністерства внутрішніх справ, здійснюються підготовка та професійне навчання кадрів для потреб відомства та Національної поліції України⁵. Прогресивний розвиток співробітника поліції, його професійного й особистісного потенціалу, його здатності самостійно вирішувати особисті та суспільно значущі проблеми сьогодні треба визнати важливим чинником прогресивного розвитку органів внутрішніх справ як соціального інституту, покликаного розв'язувати суспільно важливі завдання. На жаль, незважаючи на вжиті заходи щодо вдосконалення діяльності органів внутрішніх справ, підвищення професіоналізму поліціантів, державних службовців і працівників Міністерства внутрішніх справ України, претензії суспільства до їхньої діяльності і досі є.

У зв'язку із цим особливого значення набуває проблема формування і розвитку особистості професіонала та ефективної адаптації до професії вже в початковий період служби в правоохоронних органах, який збігається з періодом навчання майбутніх слідчих, оперативних уповноважених, дільничних уповноважених та інших фахівців у правоохоронній сфері в освітніх організаціях МВС України.

Реформи органів внутрішніх справ, що проводяться зараз, докорінно впливають на процес професійної підготовки курсантів освітніх організацій МВС України, а також висувають нові вимоги до якості їхньої професійної культури та підготовки, готовності виконувати специфічні завдання, що вимагають спеціальних знань, умінь і навичок. Від випускників освітніх організацій МВС сьогодні потрібно поєднання високої професійності, законності, гуманності при виконанні своїх обов'язків. Щодо цього зауважимо, що, наприклад, зміст американської традиції професійної поліцейської освіти полягає в тому, що там беруть на службу вже за наявності певного освітнього ступеня, а відомчі навчальні заклади (поліцейські академії, коледжі, навчальні центри) надають лише спеціальну підготовку необхідного професійно-посадового рівня, що не вважається дипломованою освітою. Дипломовану вищу освіту в США надають лише коледжі й університети, що не є структурною частиною поліцейської системи (аналогічну модель реалізовано в Грузії)⁶.

На думку В. Середи, особливості професійної діяльності співробітників поліції істотно впливають на динаміку трансформацій ціннісно-сміслової сфери як контекст, який ініціює особистісні зміни залежно від соціокультурної реальності і перспектив самореалізації. Модельне забезпечення психологічного супроводу та корекції особистісних трансформацій співробітників поліції, орієнтоване на подолання ціннісно-сміслових бар'єрів як індивідуальних труднощів у ситуації особистісного вибору, дає змогу підвищити рівень їх професійної самореалізації. Для оптимізації цих явищ наголошують, по суті, всі дослідники, важливою є психологічна підготовка, спрямована на підвищення рівня кваліфікації фахівців до вирішення завдань у важких, екстремальних умовах⁷.

Найкращим шляхом підвищення ефективності діяльності правоохоронних органів, на думку багатьох дослідників, є розробка науково обґрунтованої системи формування і розвитку професіоналізму співробіт-

ників правоохоронних органів. До того ж, як наголошують вчені, підвищення ролі особистості працівника МВС як фахівця вимагає від нього високого рівня професійної самосвідомості, розвиток якої можливий через формування почуття відповідальності за свої дії, розуміння необхідності постійного вдосконалення своєї професійної майстерності з урахуванням специфіки діяльності в конкретних підрозділах органів внутрішніх справ та за допомогою розробки нових професійних і психологічних підходів до його професійної підготовки⁸. Утім, незважаючи на наявні досягнення в галузі дослідження професіоналізму співробітників МВС, доводиться констатувати відсутність системності і, як наслідок, недостатнє опрацювання теоретичних основ і розроблених рекомендацій щодо формування професіоналізму, які враховували б специфіку професійної діяльності співробітників МВС, а також їх мотивацію.

Зазначимо, що виконання професійних обов'язків у сучасних умовах пов'язано з певним рівнем емоційної, фізичної, моральної напруженості, що може призвести або до залишення служби, або до низької якості виконання співробітниками своїх професійних обов'язків. Більше того, працівникові органів МВС у сучасних умовах професійної діяльності необхідні, окрім високого вишколу, ще й стійкі морально-професійні якості, готовність протистояти впливу чинників професійної деформації і вигорання, спокусі використувати владу, дану державою, в особистих інтересах в умовах морального вибору.

Значний професійний, соціальний ефект діяльності співробітників органів внутрішніх справ може дати впровадження в практику рекомендацій акмеологічних досліджень, де «акме в широкому розумінні – це весь щабель дорослості людини, для якої характерні, якщо судити про неї узагальнено, її фізична, особистісна і суб'єктна зрілість»⁹.

Акме якості поліцейського формуються і розвиваються протягом усієї служби, в процесі вирішення оперативно-службових завдань, вироблення особистої системи цінностей. Але становлення акме цілей і професійно значущих цінностей починається в період навчання в освітніх організаціях органів внутрішніх справ. Отже, зараз потрібно вжити комплекс заходів навчально-виховного змісту, спрямованих на формування професійної компетентності як комплексного феномена, що охоплює професійні, комунікативні, управлінські, морально-етичні, соціально значущі компоненти розвитку особистості співробітника органів внутрішніх справ.

Потрібно зважати на те, що для успішного саморозвитку, спершу як студента, а в подальшому – як поліцейського, слідчого, співробітника кадрових і виховних структур тощо, необхідні бажання і прагнення до самопізнання, самооцінки й самовдосконалення, які можуть виникнути і підтримуватися тільки у високомотивованій до цього виду діяльності людини. Рівень мотивації можна вважати високим тоді, коли в обраній професії співробітник органів внутрішніх справ бачить можливості задоволення всіх своїх природних, соціальних, духовно-моральних, інтелектуальних і професійних потреб. А також здатний виробити в собі систему ціннісних орієнтацій.

Завдяки ціннісним орієнтаціям людина робить своє життя осмисленим, визначаючи: а) що вона дає життю (цінності життєдіяльності); б) що вона бере від життя (цінності переживань); в) у чому її призначення, яке вона не в змозі змінити (цінності відносин)¹⁰. Щодо діяльності співробітників органів внутрішніх справ, то ці ціннісно-сміслові конструкції можуть означати таке: а) що співробітник поліції приносить у професію, який його внесок у реалізацію завдань, що стоять перед Міністерством внутрішніх справ України як соціального інституту; б) що набуває співробітник у процесі виконання свого професійного обов'язку, які якості і цінності формує, розвиває; в) яке призначення співробітника органу внутрішніх справ як конкретної ланки правоохоронної системи.

Акмеологічні знання сьогодні затребувані, вони систематизовані за видами та напрямками людської діяльності і, як наслідок, активно використовуються у професійній підготовці, перепідготовці та підвищенні кваліфікації управлінських кадрів, а також фахівців, практиків, науковців, які працюють у сфері освіти, охорони здоров'я, оборони, правопорядку, підприємництва тощо¹¹.

У контексті теми цієї статті особливий інтерес викликають питання, пов'язані з формуванням професіоналізму та професійного навчання студентів закладів освіти МВС. Ці питання вивчало багато дослідників. При цьому в контексті розгляду проблеми формування професіоналізму виникають запитання: «на якому етапі професійного зростання співробітника органів внутрішніх справ ми можемо говорити про професіоналізм як про сформовану якісну інтегральну характеристику?»; «що означає поліцейський як професіонал, тобто чим він відрізняється від “середньостатистичного” фахівця з точки зору комплексу особистісних якостей?».

Треба визнати, що факт закінчення навчання в освітній організації й отримання відповідного диплома ще не є показником професіоналізму. За визначенням, професіоналізм проявляється у досягненні працівником стійко-високих результатів у самостійній професійній діяльності. Відповідно, без залучення випускника вишу до самостійної професійної діяльності та набуття досвіду не можна говорити про професіоналізм.

Сучасний освітній стандарт передбачає реалізацію компетентного підходу в освіті, який покликаний формувати такі якості майбутнього фахівця органів внутрішніх справ, як ініціативність, інноваційність, мобільність, гнучкість, динамізм і конструктивність у поєднанні з кращими морально-психологічними якостями особистості. Отже, закінчивши освітню організацію будь-якого профілю (середнього, вищого, додаткового тощо), випускник повинен бути готовий виконувати свої професійні обов'язки принаймні на базовому рівні.

Зважаючи на досвід підготовки поліцейських у Німеччині та Польщі, доцільно забезпечити дотримання принципу регіонального розміщення, зокрема пропорційного розташування в кожному регіоні навчальних

закладів різних типів. Перевагами дотримання цього принципу є наближеність навчального закладу до замовника підготовки, економія коштів на відрядження слухачів заочної форми навчання та курсів післядипломної освіти, направлення курсантів на практику й подальшу службу безпосередньо до місць їх проживання тощо. У трирівневій системі професійної відомчої освіти, що повністю узгоджено із Законом України «Про Національну поліцію», має бути враховано: принцип стабільності й наступності в кадровому призначенні поліцейських (з урахуванням здібностей і професійних якостей кожного поліцейського); поступове підвищення рівня знань, умінь, навичок у міру просування по службі та необхідності реагування на умови службової діяльності; усі види професійної освіти, враховуючи підготовку, спеціалізацію та підвищення кваліфікації, взаємопов'язані з практичним навчанням¹².

Розглянемо далі активні методи підготовки персоналу органів внутрішніх справ. Невипадково в закладах початкової підготовки працівників міліції, вищих навчальних закладах і безпосередньо в підрозділах значна увага приділяється створенню тренувальних полігонів, смуг перешкод тощо. Зарубіжна практика свідчить про широке застосування тренінгів, зокрема в поліції США, Німеччини, Великобританії, де створена система обов'язкового проходження поліцейських комунікаційних, антистресових та інших тренінгів. Методиці проведення тренінгів приділяється 80–90 % навчального часу на практичне відпрацювання працівниками отриманих теоретичних знань у вигляді ділових і рольових ігор, тренувань, програвання сценаріїв конкретних службових ситуацій і завдань, групових обговорень тощо. Крім того, у розвинених країнах поліцейські в процесі тренінгу опановують «суміжні професії», набувають нових корисних умінь, що стає підставою для підвищення їм заробітної плати та просування по службі. За європейськими стандартами, усі працівники поліції проходять перепідготовку щонайменше раз на п'ять років. Тренінги за своїм спрямуванням досить різноманітні. Наприклад, у Баварському центрі тренінгу поліції впроваджено понад 60 тренінгових програм різного спрямування¹³.

Отож, процес підготовки працівників правоохоронних органів потребує подальшої оптимізації та вдосконалення з урахуванням передових національних і міжнародних стандартів. Сучасні реалії вимагають розробки державних стандартів вищої освіти у вищих навчальних закладах зі специфічними умовами навчання для кожного рівня вищої освіти в межах кожної спеціальності відповідно до Національної рамки кваліфікацій із запровадженням принципу спеціалізації. Вбачається необхідним перегляд наявних сьогодні програм підготовки фахівців для їх оптимізації та скорочення кількості навчальних дисциплін, які викладають у загальноосвітніх навчальних закладах або які не відповідають сфері діяльності МВС України та Національної поліції України, водночас збільшуючи кількість практико-орієнтованих дисциплін і дисциплін професійного спрямування. Варто передбачати практичне стажування для випускників програм первинної професійної підготовки (працівників патрульної поліції) після закінчення вищого навчального закладу. Вважаємо, що, закінчивши програму, вони мають деякий час виконувати обов'язки під керівництвом наставника, задля належної адаптації до роботи в органах та підрозділах Національної поліції. Важливо продовжити практику залучення працівників практичних підрозділів Національної поліції до проведення навчальних занять з курсантами та слухачами курсів підвищення кваліфікації у вищих навчальних закладах зі специфічними умовами навчання, широчо застосовувати в освітньому процесі методи активного навчання. Слід продовжувати системне застосування в освітньому процесі новітніх інформаційно-комунікаційних технологій, зокрема технологій дистанційного навчання¹⁴.

У такому зв'язку переорієнтація на компетентнісний підхід в освітній діяльності має на меті насамперед мінімізувати недоліки дисциплінарної системи освіти, розширити знання як результат процесу пізнавальної діяльності, вміння як здатності виконати певну роботу відповідно до здобутих знань, навички як прийоми діяльності, сформовані шляхом повторення і доведення до автоматизму в процесі компетентнісного підходу до освіти. При цьому компетентність, за визначенням низки дослідників, розуміється як наявність знань і досвіду, необхідних для ефективної діяльності в заданій предметній галузі, через відповідність людини вимогам професії¹⁵, як володіння фахівцем необхідною сумою знань, умінь і навичок, що становлять основу формування професійної діяльності, спілкування та особистості фахівця¹⁶. Компетентнісний підхід можна трактувати як сукупність загальних принципів визначення цілей освіти, відбору змісту освітніх програм, організації освітнього процесу в освітній організації та оцінки результатів освітньої діяльності.

Підбиваючи підсумки, наголосимо на важливості зваженого підходу освітніх організацій до впровадження в освітній процес компетентнісного підходу, не відкидаючи парадигму «знати, вміти, володіти», яка показала свою ефективність у попередні роки. Потрібно спробувати поєднати необхідні знання, вміння та навички під час формування кожної компетенції, передбаченої державними освітніми стандартами вищої освіти, зокрема й у закладах МВС.

¹ Бандурка О.М. Основи управління в органах внутрішніх справ України: теорія, досвід, шляхи удосконалення. Харків: Основа, 1999. С. 16.

² Мартиненко О., Захаров Є. Стратегія розвитку органів внутрішніх справ (текст проєкту). *Закон і Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/print/101834-strategiya_rozvitku_organiv_vnutrishnih_sprav_tekst_proektu.html (дата звернення: 08.11.2020).

³ Сокурєнко В.В. Особливості професійного навчання працівників поліції в сучасних умовах: закордонний досвід та можливості його використання в Україні. *Особливості підготовки поліцейських в умовах реформування системи МВС України: зб. матер. І Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 трав. 2016 р.)* / МВС України, Департамент патрул. поліції України, Харків. нац. ун-т внутр. справ, каф. спец. фіз. підготовки. Харків: ХНУВС, 2016. С. 8.

- ⁴ Мартиненко О., Захаров Є. Стратегія розвитку органів внутрішніх справ (текст проєкту). *Закон і Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/print/101834-strategiya_rozvitku_organiv_vnutrishnih_sprav_tekst_proektu.html (дата звернення: 8.11.2020).
- ⁵ Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України: постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2015 р. № 878. *Офіційний вісник України*. 2015. № 89. Ст. 43.
- ⁶ Основні напрями реформування органів внутрішніх справ України в контексті досвіду зарубіжних країн та європейських стандартів діяльності поліції: аналітичний огляд / С.Д. Гусарев, Т.А. Авакян, С.С. Чернявський та ін. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2015. С. 186.
- ⁷ Середа В.В. Соціально-психологічні конструкти підготовки фахівців для Національної поліції України. *Психологічні конструкти позиціонування поліції серед населення: матер. «круглого столу», 24 листоп. 2016 р.* / за заг. ред. Л.Й. Гуменюк, М.П. Козирева. Львів: Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2016. С. 8.
- ⁸ Теоретико-прикладні засади конструктивної взаємодії поліції і населення в соціумі: монографія / В.В. Середа, Р.І. Благута, О.М. Балинська, З.Я. Ковальчук, О.М. Ковбич, Л.Й. Гуменюк та ін.; за заг. ред. З.Р. Кісіль. Львів: ЛьвДУВС, 2017. С. 498.
- ⁹ Ажажа М.А. Акмеологія як фактор розвитку міждисциплінарних досліджень людини. *Гуманітарний вісник ЗДІА*. 2009. Вип. 39. С. 214.
- ¹⁰ Сергеев О., Богданов І. Акмеологічний принцип: його сутність і призначення: зб. наук. праць. Педагогічні науки. Херсон, 2000. Вип. 15. С. 147–153.
- ¹¹ Пальчевський С.С. Акмеологія: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Київ: Кондор, 2008. С. 19.
- ¹² Черней В.В. Напрями вдосконалення освітнього процесу у вищих навчальних закладах МВС України: європейський досвід та вітчизняна практика. *Правоохоронна та правозахисна діяльність поліції в умовах формування громадянського суспільства в Україні*: матер. підсумк. наук.-практ. конф. (м. Київ, 9 квіт. 2016 р.) / ред. кол.: В.В. Черней, С.Д. Гусарев, С.С. Чернявський та ін. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2016. С. 5.
- ¹³ Александров Д.О., Левенець О.А. Психологічне забезпечення оперативно-службової діяльності працівників міліції. Частина 7. Тренінгові технології формування професійно значущих якостей працівника ОВС: навч.-метод. посіб. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2015. С. 8.
- ¹⁴ Сокурченко В.В. Особливості професійного навчання працівників поліції в сучасних умовах: закордонний досвід та можливості його використання в Україні. *Особливості підготовки поліцейських в умовах реформування системи МВС України*: зб. матер. I Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 трав. 2016 р.) / МВС України, Департамент патрул. поліції України; Харків. нац. ун-т внутр. справ, каф. спец. фіз. підготовки. Харків: ХНУВС, 2016. С. 12.
- ¹⁵ Пометун О.І. Теорія та практика послідовної реалізації компетентнісного підходу в досвіді зарубіжних країн. Київ: К.І.С., 2004. С. 97.
- ¹⁶ Равен Дж. Компетентність в сучасному суспільстві: виявлення, розвиток і реалізація. Москва: Когіто-Центр, 2002. С. 198.

Резюме

Барабаш О.О., Забзалюк Д.Є. Система підготовки майбутніх співробітників органів внутрішніх справ України: впровадження компетентнісного підходу.

У статті досліджено особливості підготовки майбутніх співробітників органів внутрішніх справ України крізь призму компетентнісного підходу. Зазначено, що держава, виступаючи реформатором і діючим суб'єктом реформування, ставить завдання підвищення ефективності діяльності Міністерства внутрішніх справ України в забезпеченні безпеки, захисту прав і свобод людини та громадянина як основну мету здійснення адміністративної реформи, що вимагає розгляду структури побудови адміністративної діяльності органів внутрішніх справ як цілісної «суб'єкт-об'єктно-середовищної» системи.

Наголошено, що реформи органів внутрішніх справ, які проводяться зараз, докорінно впливають на процес професійної підготовки курсантів освітніх організацій МВС України, а також висувають нові вимоги до якості їхньої професійної культури та підготовки, готовності виконувати специфічні завдання, що вимагають спеціальних знань, умінь і навичок.

Зроблено висновок, що переорієнтація на компетентнісний підхід в освітній діяльності має на меті насамперед мінімізувати недоліки дисциплінарної системи освіти, розширити знання як результат процесу пізнавальної діяльності, вміння як здатності виконати певну роботу відповідно до здобутих знань, навички як прийоми діяльності, сформовані шляхом повторення й доведення до автоматизму в процесі компетентнісного підходу до освіти.

Ключові слова: права людини, поліція, МВС, освітній процес, професійне навчання, компетентність, професіоналізм, компетентнісний підхід.

Резюме

Барабаш О.О., Забзалюк Д.Є. Система подготовки будущих сотрудников органов внутренних дел Украины: внедрение компетентностного подхода.

В статье исследованы особенности подготовки будущих сотрудников органов внутренних дел Украины через призму компетентностного подхода. Указано, что государство, выступая реформатором и действующим субъектом реформирования, ставит задачу повышения эффективности деятельности Министерства внутренних дел Украины в обеспечении безопасности, защиты прав и свобод человека и гражданина как основную цель осуществления административной реформы, которая требует рассмотрения структуры построения административной деятельности органов внутренних дел как целостной системы «субъект-объект-среда».

Акцентируется, что реформы органов внутренних дел, которые проводятся сейчас, коренным образом влияют на процесс профессиональной подготовки курсантов образовательных организаций МВД Украины, а также предъявляют новые требования к качеству их профессиональной культуры и подготовки, готовности выполнять специфические задачи, требующие специальных знаний, умений и навыков.

Сделан вывод, что переориентация на компетентностный подход в образовательной деятельности имеет целью прежде всего минимизировать недостатки дисциплинарной системы образования, расширить знание как результат процесса познавательной деятельности, умение как способность выполнить определенную работу согласно полученным знаниям, привычку как прием деятельности, сформированный путем повторения и доведения до автоматизма в процессе компетентностного подхода к образованию.

Ключевые слова: права человека, полиция, МВД, образовательный процесс, профессиональное обучение, компетентность, профессионализм, компетентностный подход.

Summary

Olha Barabash, Dmytro Zabzaliuk. The system of training future law enforcement officers in Ukraine: implementing the competence approach.

The article examines the features of training future law enforcement officers of Ukraine through the prism of the competence approach. It is noted that the state, acting as a reformer, sets the task of improving efficiency of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine in ensuring security, protecting human rights and freedoms as the main goal of administrative reform, which requires considering the administrative activities structure of law enforcement bodies as an integral system. The principles of reforming law enforcement bodies, as related and universal categories, can be summarized as follows: the rule of law, depoliticization, demilitarization, decentralization, accountability and transparency, close cooperation with the public and local communities, professional training.

It is emphasized that the on-going reforms of law enforcement bodies greatly affect the process of professional training in educational institutions of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, as well as call for the quality of their professional culture and training, readiness to perform specific tasks requiring special knowledge, abilities, and skills. Today, graduates of educational institutions of the Ministry of Internal Affairs are required to show high professionalism, lawfulness, and humanity at the same time in the performance of their duties. According to many researchers, the best way to increase the efficiency of law enforcement bodies is to develop a theoretically substantiated system for the formation and development of professionalism of law enforcement officers. In addition, researchers emphasize that increasing role of a law enforcement officer requires a high professional self-awareness, the development of which is possible through the formation of a sense of responsibility for their actions, understanding the need for continuous improvement of their professional skills, taking into account the features of activities in particular units of law enforcement bodies and by developing new professional and psychological approaches to the training.

It is concluded that the reorientation to the competence approach in educational activities aims primarily to minimize the shortcomings of the disciplinary system of education, to expand knowledge as a result of the process of cognitive activity, abilities as the capability to perform certain work in accordance with knowledge acquired, skills as repetitive actions made automatic in the process of applying competence approach to education. In this case, according to a number of researchers, competence is understood as knowledge and experience necessary for effective activities in a given subject area, through matching with the requirements of the profession, as the professional's having the necessary amount of knowledge, abilities, and skills, constituting the basis for his or her professional activities, communication, and personality. The competence approach can be interpreted as a set of general principles for determining the goals of education, shaping educational programs, organizing the educational process, and evaluating educational results.

Key words: human rights, police, Ministry of Internal Affairs, educational process, professional training, competence, professionalism, competence approach.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.06

УДК 340

О.О. САМОЙЛЕНКО

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

ORCID: 0000-0002-4624-5105

БІЛЯ ВИТОКІВ ЮВЕНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ – ЖИТТЯ ТА ДОЛЯ ВАЛЕРІЯ МИХАЙЛОВИЧА ЛЕВИТСЬКОГО

Постановка проблеми. Останнім часом біографічні статті набувають все більшої актуальності. Це пов'язано з тим, що вивчення біографії людини є ефективним засобом пізнання крізь призму історії окремої особистості того історичного соціуму, в якому вона жила, творила, любила, напружувала власний життєвий досвід. Завдяки такому дослідженню відбувається занурення в життя героя, в конкретну історичну епоху й ситуацію. Таке дослідження дає можливість простежити динаміку внутрішнього світу людини, показати історію особистості у взаємодії з іншими постатями, з культурними та інтелектуальними традиціями. Відобразити, як вплинули соціальні, політичні та історичні події на прийняття тих чи інших особистих рішень.

Формування мети статті. Метою даного дослідження є: з'ясувати та відкрити завісу в біографії Валерія Михайловича Левитського – першого судді київського суду для малолітніх, талановитого юриста, журналіста, громадського діяча, політичного аналітика, відомого кадета.

Виклад основного матеріалу. Майбутній суддя народився 12 травня 1886 р. у місті Галич Костромської губернії. Його ім'я, як і багато інших, ми нині повертаємо з прірви забуття. Завдяки введенню в обіг

© О.О. Самойленко, 2020

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

нових архівних матеріалів вчені мають змогу відкрити завісу в біографії В.М. Левитського. У 1909 р. Валерій Михайлович закінчив юридичний факультет Київського університету Св. Володимира із дипломом першого ступеню. Ще у студентські роки він долучився до громадської діяльності Товариства Київського Патронату. Насамперед зазначимо, що київський період творчості Левитського був досить плідним. Здебільшого він займався питаннями піклування про безпритульних дітей та дітей ув'язнених. Одним із головних завдань Товариства була боротьба зі злочинністю найбільш доступною і сучасною зброєю – вирвати дітей із злиднь, жахливого оточення та з несприятливого впливу навколишнього середовища.

Валерій Михайлович досить активно просував ідею створення суду для малолітніх у Києві. Він всім серцем віддавався громадській діяльності. Ідея про зародження судів для дітей зародилася ще в Австралії, але широке застосування вона знайшла в США. Маючи гарні результати, ідея створення суду для малолітніх була перенесена до Західної Європи – спочатку до Англії, потім до Німеччини, Франції і в 1910 р. в порядку експерименту була реалізована в Росії в Санкт-Петербурзі. Згодом такі суди з'явилися в Харкові і Одесі. А приводом введення такого суду було велике зростання злочинності наприкінці XIX ст. у всьому світі. Кількість юних злочинців не тільки зростає, а й обганяє злочинність дорослих груп населення. Так, за час із 1874–1894 рр. їх кількість зростає в Росії на 18 %, у Сполучених Штатах Америки за 1889–1897 рр. – на 25 %, в Італії за 1895–1899 рр. – на 12 %¹.

За результатами діяльності особливого суду для малолітніх в Петербурзі було вирішено вжити заходів до запровадження такого ж суду в Києві. Для цього були прочитані лекції в спеціальному засіданні правління за участю представників мирової юстиції та міського самоврядування, лектори – Ю.П. Новицький та В.М. Родів. Також було складено доповідну записку в Київську міську думу про необхідність допомоги з боку міського самоврядування для введення названого суду в Києві. У Київську міську думу було подано особливу доповідь, у якій детально були розписані витрати на суд для малолітніх. Процес організації суду затягнувся на довгих чотири роки.

На загальному зібранні, 27 квітня 1912 р., Валерій Михайлович був обраний разом із Ю.П. Новицьким кандидатом у члени правління Товариства Київського Патронату². На засіданні Левитський виступив із доповіддю «Про суд для малолітніх». Особливе Зібрання Патронату визнало введення дитячого суду в Києві наполегливо необхідним і доручило правлінню розробити проект Положення про нього. До першого січня 1913 р. проект було розроблено і внесено на розгляд Київського з'їзду мирових суддів. Після чого з незначними змінами він був поданий до 1-го Департаменту Міністерства юстиції. У грудні 1913 р. Міністерство юстиції схвалило проект, а 7 січня 1914 р. Київський міський з'їзд мирових суддів ухвалив розглядати усі справи щодо малолітніх обвинувачених і малолітніх потерпілих в окремому суді. Усі справи були виділені та доручені додатковому мировому судді.

Суддею в суді для малолітніх призначався додатковий суддя, який не був пов'язаний певною ділянкою, на становищі відрядженого на допомогу всім дільничним суддям у справах даної категорії, що виникають у мирових суддів. Суддя повинен був мати особливу підготовку. Велика увага приділялася ролі та значенню особистості судді для успіху всієї справи. На думку правозахисниці Олени Гінзбург³, вдалий вибір судді визначить долю всього починання. Ігнорування ж цього питання може привести до створення установи абсолютно нежиттєздатної. Суддя повинен підійти до дитини з любов'ю та інтересом, вміло проникнути в її хвору, озлоблену душу, розібратися з її переживаннями і визначити необхідні заходи, які сприятливо вплинуть на дитину. А з цим завданням можуть впоратися лише деякі.

Суддею київського суду для малолітніх був обраний молодий, талановитий, досвідчений мировий суддя Валерій Михайлович Левитський. Інформація щодо дати призначення В.М. Левитського додатковим мировим суддею дещо неточна. Так, в одних джерелах вказується, що він був призначений мировим суддею у справах малолітніх 20 грудня 1913 р.⁴, а в інших – 7 січня 1914 р.⁵ Це дає нам простір для подальших досліджень і заповнення існуючих лакун. Таким чином, завдяки появі особливого суду для малолітніх усувалася можливість появи малолітніх у загальних судах. У сфері його діяльності входили всі справи, за якими неповнолітні від 10 до 17 років звинувачувалися в скоєнні злочинів та були підсудні мировим судовим установам. Основна ідея – заміна репресії щодо дітей, які вчинили злочин, виправно-виховним початком. У цьому успіху нового судового інституту!

Розпочинати будь-яку нову справу завжди нелегко. Як писав сам Валерій Михайлович, перший рік діяльності суду – це був час, коли мировий суддя у справах малолітніх працював, навчаючись у житті. Основні зусилля були спрямовані на організацію підтримки життя юних порушників норм кримінального права та захист їх прав⁶.

Пізніше Левитський у своїх спогадах так напише про цей період у своєму житті: «...Разом з невеликою групою чудових, чистих людей я старанно працював в Особливому суді для неповнолітніх ... як багато душевної бадьорості і свіжості вкладалося тоді в нову справу любовного виправлення «нічиїх» дітей. Роботи було по горло. Камера жила своїм власним життям. В успіху справи не сумнівалися ... вірили в перемогу на фронті ... всі міцно любили свій Київ»⁷.

Київ знаходився близько до фронту, тому суду доводилося рахуватися з особливими умовами воєнного часу. У 1915 р. суд змушений був реорганізувати свою роботу заново і пристосовуватися до особливих умов. Половина малолітніх, з якими мав справу суд, були доставлені з фронту. Вони тікали зі свої сім'єю і рвалися на фронт. Усі громадські сили міста були кинуті на роботу в госпіталях та роботу з біженцями. Лише наприкінці 1915 р. вдалося заснувати додатково посаду третього штатного піклувальника і завдяки згоді

Київської губернської земської Управи збільшити на 1916 р. асигнування вдвічі зі штрафних сум на обладнання та утримання житла для бездомних дівчат⁸.

До 1916 р. Левитський вже відав усіма установами для біженців-підлітків в районі Південно-Західного фронту і займався організацією допомоги дітям, які постраждали від військових дій. Також залишався активним членом правління Київського Патронату, членом правління та ревізором Товариства київських виправних колоній. Незважаючи на свою зайнятість, він не полишав освітню діяльність. Так у 1916 р. В.М. Левитський читав курс для шкільних лікарів «Охорона дитинства та боротьба з дитячою злочинністю» на курсах Київського Фребелевського суспільства*.

Не полишав Валерій Михайлович і ідею про наукову кар'єру. Мріяв стати професором. Ще у 1912 р. він був залишений для приготування до професорського звання в Київському університеті при кафедрі кримінального права. За цей час В.М. Левитський видав багато статей та звітів про діяльність суду для малолітніх, які були зараховані йому у якості наукової роботи. Валерій Михайлович був чудовим лектором, про що свідчать спогади студентів, присутніх на його лекціях⁹. Вчений комітет Київського університету Св. Володимира у 1916 р. так відгукнувся про роботу професорського стипендіата: «... Можна зробити висновок, що в особі В.М. Левитського ми маємо люблячого свою справу, освіченого судового діяча. ... Чи буде він тільки добре підготовленим судовим діячем або ж професором – про це можна буде сказати тільки після магістерського іспиту»¹⁰. На жаль, мрія В.М. Левитського не збулася. Стати професором Валерію Михайловичу не судилося. 1917 р. змінив не тільки його долю, а й долі багатьох інших людей.

У 1917 р. в його житті відбувається багато подій. Валерій Михайлович бере активну участь на політичній арені. Так, у липні 1917 р. він увійшов до виборчого списку кадетів на виборах у Київську міську думу. Але гласним так і не став, оскільки не набрав голосів. Але вже у серпні він став членом Української Центральної Ради. Наприкінці року Левитський брав участь у виборах до Українських Установчих зборів. Він очолив виборчий список партії народна свобода у Волинській губернії. На жаль, кадати у Волинській губернії набрали 1891 голос, що становило 0,48 % і не отримали жодного мандата¹¹. Розчарований у невдачах та незадоволений німецькою окупацією і гетьманом П.П. Скоропадським, Левитський шукав однодумців і знайшов їх у обличчі редактора газети «Киевлянин»** – В.В. Шульгіна та його прихильників. Є припущення, що В.М. Левитського познайомив із В.В. Шульгіним професор київського університету Г.В. Демченко, який свого часу писав відгук на наукову роботу Левитського. Згодом Шульгін почав видавати нову газету «Голос Києва» і запросив на роботу Валерія Михайловича. На сторінках нової газети він висловлював свою думку з різних політичних питань у циклі статей «Єдиний російський фронт».

Про рівень поваги та авторитет судді для малолітніх свідчить цікавий випадок, що стався із Левитським, коли прийшли у місто більшовики. Валерій Михайлович на той час мешкав у готелі. Рано-вранці його розбудив швейцар і сказав, що його вимагають солдати, шумлять, погрожують вбити! Левитський вийшов у вестибюль. Його оточили 17 людей з гвинтівками і кулеметними стрічками, офіцерськими шаблями ... Відразу впізнав старих знайомих. Це були кишенькові злодії з виховної колонії, поміщені туди окружним судом. Багато з них у ранній молодості пройшли і через Левитського. Валерій Михайлович запитав; «Що потрібно? Паспорти зі старих справ? У Камеру приходьте!» Цього вони ніяк не очікували. «Ідіть, зараз я туди прийду», – додав. У відповідь – радісні посмішки: «Покірніше дякуємо, пане мировий суддя». І Левитський зачинив двері. А погрожували вбити!¹²

Ще одним показовим був випадок, коли було прийнято рішення щодо скасування суду. Левитський та його підлеглі хвилювалися за долю міцної, любов'ю спаяної організації, за цілісність казенного майна. Приїхав комісар, став вимагати керівника. Комісаром «юстиції» виявився студент, син одного із приватних повірених, Левитський його знав. При зустрічі він був сильно збентежений, не знав, з чого почати ... тут же сказав, що він лівий есер, що не більшовик ... виправдувався ... тимчасово погодився ... Валерій Михайлович заспокоїв його, сказав, що знайомий з їх декретом і їм потрібно врегулювати рахунки. Комісар вибачаючись підписав всі асигновки і поїхав. Камера продовжувала працювати. Міліція і червоноармійці продовжували доставляти до суду «старих друзів». Гроші на утримання суду були ще від Тимчасового уряду. За свідченням Левитського, українці не дали суду ні копійки.

Як вже зазначалося вище, В.М. Левитський був одним із лідерів національно-російської групи кадетів. Він продовжував активну політичну діяльність, не поривав зв'язок з партією. У цей час Левитський пише заклик до киян щодо боротьби з петлюрівцями. Однак у грудні 1918 р. гетьман капітулював, і добровольчі загони були роззброєні петлюрівцями, а Левитський та інші лідери Російського національного центру були змушені бігти в Одесу. Одеса в той час була зайнята білими і військовим контингентом Антанти.

* Фребелевські спільноти – спільноти діячів дошкільного виховання, що ставили за мету поширення системи Ф. Фребеля. Засноване в 1908 р. в Києві фребелевська спільнота почала свою діяльність влаштуванням Фребелевського педагогічного інституту з трирічним навчанням для підготовки вихователюк. Єдине педагогічне ціле з ним становили педагогічні та психологічні лабораторії, опорні дитячі сади і дитячий притулок для немовлят і дітей до трирічного віку. Після Жовтневої революції 1917 р. фребелевські спільноти в Росії припинили існування. Петроградські фребелевські курси були перетворені на інститут дошкільної освіти, а Київський фребелевський інститут – на інститут народної освіти.

** «Киевлянин» – російська приватна газета консервативно-монархічно-москвофільського та українофобського спрямування, що виходила в Києві російською мовою з 1864 по 1919 рр. Газета мала спочатку помірно-ліберальне, а згодом – консервативне монархічно-москвофільське спрямування. Була однією із найвпливовіших у Південно-Західному краї і однією з найкращих провінційних газет у всій Російській імперії.

В Одесі Валерій Михайлович стає секретарем Підготовчої з національних справ комісії і входить до складу ради Південноросійського національного центру. Левитський не припиняє публіцистичну діяльність. Він активно працює в одеському виданні газет Шульгіна «Росія», а після її закриття – в газеті «Південна Русь». Навесні 1919 р. він перебирається в Катеринодар, де продовжує свою журналістську кар'єру, ставши редактором газети «Велика Росія».

Він пише передові ідеологічні статті в циклі «Руський державний націоналізм», нариси мемуарного характеру, веде окрему рубрику побутових замальовок «Мій блокнот». Паралельно Левитський працює над книгою «Руський державний націоналізм». Одну з глав книги йому вдалося опублікувати на сторінках видання «Голос Києва». Книга складалася з дев'яти глав. Перша глава – замість передмови, друга – Державний націоналізм на Заході, третя – Руський державний націоналізм в минулому, четверта – Особливості його, п'ята – Російська інтелігенція і проблема націоналізму, шоста – Відродження націоналізму нової Росії, сьома – Національне виховання, восьма – Державний націоналізм і наші політичні партії, дев'ята – Націоналізм і культурне відродження Росії¹³. На жаль, реалізувати задумане не вдалось, книга так і не побачила світ. У грудні 1919 р. білий фронт впав, червоні захопили Ростов-на-Дону, де жив і працював в той час Валерій Михайлович, і редакція «Великої Росії» змушена була евакуюватися в Новоросійськ. На початку 1920 р. біла армія доживала останні тижні свого існування на Кубані. А 22 лютого видання газети «Велика Росія» було припинено. Левитський в цей час захворів на тиф, але встигнув евакуюватися до Криму, де й відродив в Севастополі газету «Велика Росія». Прихід до влади П.М. Врангеля надихнув у нього оптимізм і надію на благополучний результат хоча б в ідейному та духовному сенсі.

Газета «Велика Росія» стала провідною білою газетою. Сам П.М. Врангель у мемуарах писав: «За винятком однієї серйозної газети «Велика Росія», що видавалася під редакцією В.М. Левитського та за участю М.М. Львова, М.М. Чебишева і В.В. Шульгіна, інша преса була типово дрібно провінційною»¹⁴.

З Криму вся редакція газети разом з Російською армією евакуювалася до Константинополя. Починається новий етап у житті Левитського. Протягом 1921 р. він займає посаду викладача в місцевому російському лицей. Одночасно друкується у журналі «Зірниця». Наприкінці 1921 р. побачила світ його невеличка книга «Про любов до батьківщини та народну гордість»*. Книга вийшла дуже захоплююча. По суті це були його бесіди з друзями під час прогулянок Константинополем. Автор вів діалоги на тлі відомих Константинопольських урочищ, у нього спостерігався дивовижний дар пейзажу. В.М. Левитський блискуче передав всі думки, що хвилювали російських людей на чужині. Треба зазначити, що книга отримала хороші відгуки в пресі.

На початку 1922 р. В.М. Левитський разом з Врангелем та його оточенням переїхав та мешкав у Сремських Карловцях, де він був начальником інформаційного відділу штабу Російської армії, а восени перебрався до Чехословаччини в місто Моравська Тршебова. Тут тривалий час він залишався без роботи і тільки восени 1923 р. отримав посаду позаштатного викладача законодавства, філософської пропедевтики та історії в місцевій російській гімназії. Грошей на проживання катастрофічно не вистачало. Рятувала тільки зарплата дружини Марії Опанасівни Левитської (1889–1983 рр.), яка працювала і займала штатну посаду в тій же гімназії.

Саме в цей час Левитський намагався видати свою книгу «Боротьба на Півдні», яка була написана в 1922–1923 рр. і відображала реальні події в Росії після 1917 р., але, на жаль, безуспішно. Матеріальне становище його сім'ї було настільки скрутним, що він погодився на пропозицію старого друга по роботі у Києві та Одесі Л.Ф. Магерівського, який працював у РЗіА**, продати рукопис і ряд документів. За спогади Левитського була запропонована сума 1500 крон. І хоча В.М. Левитський розраховував на більш велику суму, погодився й на цю. Після смерті, у 1946 р., рукописи й документи (копії листів Врангеля і Денікіна) з колекції РЗіА були передані в СРСР. Зараз вони зберігаються в Державному Архіві Російської Федерації в фонді «Колекція окремих документів і мемуарів емігрантів». У повному обсязі його книга побачила світ лише в 2019 р.

Тільки в 1925 р. Валерію Михайловичу вдалося зайняти посаду штатного викладача Російського педагогічного інституту ім. Я.А. Каменського, де до 1927 р. він читав курс «Охорона дитинства та дитяча злочинність». Наприкінці року він перебрався жити до столиці Франції в Париж, де повернувся до активної журналістської роботи на сторінках паризького «Відродження». З того часу він став постійним паризьким кореспондентом багатьох російських газет інших країн. Так, Валерій Михайлович активно публікувався в софійській газеті «Голос Росії», в журналі «Армія і флот» тощо. Основною темою публікацій був Радянський Союз. У 1930-і рр. В.М. Левитський – учасник російських національних організацій, активно співпрацював з РЗВС, викладав в офіцерській школі РЗВС (Російський Загально-Військовий Союз) – російська військова організація, створена 1 вересня 1924 р. в Білій еміграції Головнокомандувачем Російської Армії генерал-лейтенантом бароном Петром Врангелем). Союз об'єднував військові організації і військові союзи у всіх країнах Російського Зарубіжжя. Добровольці з РЗВС вели підпільну роботу на території СРСР.

* Левитський В. О любви к отечеству и народной гордости. Беседы. Царьград, 1921.

** Руський закордонний історичний архів у Празі (РЗіА) – найбільший з архівів російської еміграції в Європі міжвоєнного періоду. Існував у 1923–1945 рр.

До кінця 1930-х рр. В.М. Левитський видав за свій рахунок кілька невеликих брошур-оглядів під загальною назвою «Міжнародне становище, сучасна Росія і життя в еміграції»*. Особливий інтерес становить огляд українського питання. У ньому детально описані події Громадянської війни в Україні, радянська політика «українізації». Так само проводиться характеристика різних груп української еміграції – від петлюрівців і гетьманців до організації українських націоналістів (ОУН) та католицьких і уніатських структур. У сорокові роки В.М. Левитський вже менше друкувався, його спіткало багато розчарувань. На його думку, з приходом до влади німців починається новий етап в житті емігрантів, і вони як ніколи повинні активно працювати над своєю національною й політичною підготовкою. Левитський розчарувався в німцях і майже не брав участі в суспільно-політичному житті. Остання його публікація була видана в берлінській газеті «Нове слово» у вересні 1940 р.

Помер Валерій Михайлович Левитський 27 квітня 1946 р. в Парижі. Був похований на кладовищі в паризькому передмісті Levallois. Згодом, 13 лютого 1983 р., через 37 років, там була похована його дружина Марія Опанасівна Левитська¹⁵. У наступному 2021 р. – 135 років з дня народження Валерія Михайловича Левитського.

Висновки. Ось така нелегка доля спіткала першого суддю київського суду для малолітніх. На прикладі біографії людини ми змогли не тільки дізнатися історію його життєвого шляху, а й зануритися в епоху, яка показала нам його взаємодію з іншими людьми, ситуацію, що склалася в суспільстві, в якій він жив і творив, специфічні обставини в житті його та держави. Ми побачили, яку роль вони зіграли в долі Валерія Михайловича Левитського, як вплинули на його особистий вибір, до яких дій і вчинків призвели. Валерія Михайловича можна віднести до числа людей, які не прийняли революцію і брали активну участь у Білому русі. 1917 р. круто змінив його життя. Надалі робота за фахом була неможлива, тому Левитський активно проявив себе на ниві журналістики. Відбулася свого роду конкретизація моменту на конкретній людській долі.

Можливо, дане дослідження ще трохи наблизить нас до розуміння трагічних подій того часу.

¹ Тарасова Е.Л. Детский суд за границей и в России. Москва, 1912. С. 3, 15.

² Отчет за 1912 год. Киевский Патронат (О-во покровительства лицам, освобождаемым из мест заключения г. Киева). Типография 1-й Киевской артели Печ. дела, Трехсвятительская, 5. Киев, 1912. С. 7.

³ Гальперина-Гинзбург Е.А. Под знаменем права. Сборник статей. Предисловие и редакция А. Кизеветтер. Берлин, 1923. С. 109.

⁴ Левитский В.М. Борьба на Юге. Факты, Люди. Настроения. Москва, 2019. С. 6.

⁵ Левитский В.М. Суд для малолетних в Киеве за 1914 год. Приложение к отчету Киевского Патроната за 1914 год. Киев, 1915. С. 2.

⁶ Там само. С. 2.

⁷ Левитский В.М. Борьба на Юге. Факты, Люди. Настроения. Москва, 2019. С. 41.

⁸ Левитский В.М. Детский суд и война (второй год деятельности особого суда для малолетних в Киеве). Киев, 1916. С. 7.

⁹ *Державний архів м. Києва*. Ф. 16. Оп. 465. Д. 4103. С. 2.

¹⁰ Левитский В.М. Борьба на Юге. Факты, Люди. Настроения. Москва, 2019. С. 7.

¹¹ *ЦДАВО України*. Ф. 1133. Оп. 1. Спр. 26. Арк. 30.

¹² Левитский В.М. Борьба на Юге. Факты, Люди. Настроения. Москва, 2019. С. 53.

¹³ Там само. С. 15.

¹⁴ Врангель П.Н. Записки (ноябрь 1916 – ноябрь 1920 г. *Белое дело*: Летопись белой борьбы. 1928. Кн. 6. С. 122.

¹⁵ Незабывтые могилы, Российское зарубежье некрологи 1917–1997 гг.: в 6 т. / В.Н. Чуваков, сост. Москва, 2004. Т. 4. С. 96.

Резюме

Самойленко О.О. Біля витоків ювенальної юстиції – життя та доля Валерія Михайловича Левитського.

У статті розглядаються основні віхи життєвого і творчого шляху Валерія Михайловича Левитського, одного із активних учасників Товариства Київського Патронату, мирового судді, першого судді київського суду для малолітніх, журналіста – у контексті суспільно-політичних процесів першої половини ХХ ст. Представлено його наукову, політичну та громадську позиції до і після 1917 р.

Ключові слова: Товариство Київський Патронат, Київський суд для малолітніх, додатковий мировий суддя, кадет, Білий рух, еміграція.

Резюме

Самойленко Е.А. У истоков ювенальной юстиции – жизнь и судьба Валерия Михайловича Левитского.

В статье рассматриваются основные вехи жизненного и творческого пути Валерия Михайловича Левитского, одного из активных участников Общества Киевского патроната, мирового судьи, первого судьи киевского суда для малолетних, журналиста – в контексте общественно-политических процессов первой половины ХХ в. Представлены его научная, политическая и общественная позиции до и после 1917 г.

* Левитский В.М. Советская молодежь. Париж, 1935; Красная власть и белая Россия. Париж, 1935; Планы разложения эмиграции. Париж, 1936; Что происходит в России. София, 1936; Что же нам делать? Париж, 1938; Что каждый должен знать об Украине. Часть 1. Париж, 1939; Что каждый должен знать об Украине. Часть 2. Париж, 1939; Украинская Республика и самостоятели за границей. Париж, 1939.

Ключевые слова: Общество Киевский Патронат, Киевский суд для малолетних, дополнительный мировой судья, кадет, Белое движение, эмиграция.

Summary

Olena Samoilenko. At the origins of juvenile justice – the life and fate of Valery Mikhailovich Levitsky.

The article reviews main milestones in the life and creative work of Valery Mikhailovich Levitsky, one of the active members of the Kyiv Patronage Society, justice of peace, first judge of the Kyiv Juvenile Court, journalist – in the context of social and political processes of the first half of the twentieth century. His scientific, political and public positions before and after 1917 are presented.

The future judge was born on May 12, 1886 in the city of Halych, Kostroma province. In 1909, Valery Mikhailovich graduated from the Law Faculty of St. Volodymyr Kyiv University with a first-class honors degree. While still a student he joined the public activities of the Kyiv Patronage Society. First of all, we note that the Kyiv period of Levitsky's creative activity was quite fruitful. He mainly dealt with problems of caring for homeless children and children of prisoners. He was elected a justice of peace, and in late 1913 and early 1914 a judge of the Kyiv Juvenile Court.

By 1916, Levitsky was in charge of all adolescent refugee facilities on the Southwestern Front and organized assistance to children affected by the war. He also remained an active member of the Kyiv Patronage Board, a member of the Board and auditor of the Kyiv Correctional Colony Society. Back in 1912, he was left to prepare for a professorship at the Department of Criminal Law of the Kyiv University. During this period, he published many articles and reports on the activities of the juvenile court, which were credited to him as his academic papers.

In 1917, many events took place in his life. Valery Mikhailovich takes an active part in the political scene. Thus, in July 1917 he was included in the electoral list of cadets for the Kyiv City Duma elections. But he did not become a vowel because he did not get enough votes. However, in August he became a member of the Ukrainian Central Council. At the end of the year, Levitsky took part in the elections to the Ukrainian Constituent Assembly.

Disappointed in failures and dissatisfied with the German occupation and Hetman P. Skoropadsky, Levitsky was looking for like-minded people and found them in the person of the editor of the newspaper «Kievyanin» – V. Shulgin and his supporters.

Valery Mikhailovich can be attributed to those who did not accept the revolution and took an active part in the White Movement. The year of 1917 dramatically changed his life. Then there was emigration. The further work in the specialty was impossible, so Levitsky actively proved himself in the field of journalism. Valery Mikhailovich Levitsky died on April 27, 1946 in Paris. Perhaps this study will bring us a little closer to understanding the tragic events of that time.

Key words: Kyiv Patronage Society, Kyiv Juvenile Court, Additional Magistrate, Cadet, White Movement, Emigration.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.07

УДК 340.1

О.О. ШАНДУЛА

*Олександр Олексійович Шандула, кандидат юридичних наук, доцент Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого, адвокат**

ORCID: 0000-0002-8055-0138

АДВОКАТСЬКА МОНОПОЛІЯ: НАЦІОНАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Актуальність теми зумовлена подальшими процесами становлення в Україні громадянського суспільства і правової держави, що висуває на перший план проблему забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Реалізація закріпленого в Конституції України положення про найвищу цінність прав і свобод людини та громадянина неможлива без ефективною системи загальних і спеціально-юридичних гарантій їх забезпечення. Юридична допомога є одним із важливих юридичних засобів, необхідним елементом механізму забезпечення прав і свобод. Досить часто пересічні громадяни, які не мають спеціальних юридичних знань та навичок, щоб ефективно використовувати правові засоби для реалізації і захисту своїх інтересів, потребують фахової допомоги юриста-професіонала.

Економічні і соціально-політичні перетворення в сучасній Україні привели до виникнення якісно нових суспільних відносин, демократизації форм і методів їх регулювання. З огляду на це зросла потреба суб'єктів суспільних відносин в отриманні кваліфікованої юридичної допомоги, цінність якої як соціального блага полягає, зокрема, в тому, що особа особливо відчуває в ній необхідність саме в разі порушення її суб'єктивних прав. Тому важливим елементом змісту права на кваліфіковану юридичну допомогу є її надання насамперед під час захисту прав і свобод людини та громадянина.

Традиційно потреба в наданні юридичної допомоги пов'язана з участю осіб у кримінально-правових і кримінально-процесуальних відносинах. При цьому потрібно зазначити, що в останнє десятиліття істотно розширилося коло підстав надання юридичної допомоги у зазначеній сфері. З розвитком цивільних та інших

© О.О. Шандула, 2020

* *Oleksandr Shandula, Ph.D. in Law, Associate Professor of Yaroslav Mudryi National Law University*

правовідносин дедалі частіше виникають ситуації, коли без консультації кваліфікованого фахівця людині складно (а іноді практично неможливо) вирішити ту чи ту проблему. Різко зростає потреба в отриманні юридичних послуг з питань, пов'язаних з відносинами приватної власності, компенсацією моральної шкоди тощо.

Актуальність розглянутих проблем також пов'язана із завданнями удосконалення чинного законодавства. І хоча право на юридичну допомогу закріплено конституційно, досі не вироблено єдиних принципів і стандартів його реалізації й забезпечення. Крім того, у деяких галузях право на юридичну допомогу або закріплено недостатньо повно, або взагалі відсутнє. Наприклад, вказане право є важливим у разі притягнення особи до адміністративної відповідальності, проте воно фактично не відображене в нормах адміністративного права і процесу.

Особливе значення отримання та надання юридичної допомоги в сучасних умовах пояснюється об'єктивними і суб'єктивними чинниками, серед яких: зростання ролі права й правових механізмів задоволення суб'єктами економічних, політичних, духовних та інших інтересів; неможливість більшості громадян через відсутність спеціальних знань у галузі юриспруденції обстоювати свої права і законні інтереси, захищатися від свавілля з боку державних органів; недостатній рівень розвитку правової свідомості і правової культури громадян, що унеможливує або ускладнює використання в тій або тій життєвій ситуації елементарних правових засобів для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів. Крім того, існують проблеми і в самій системі надання такої юридичної допомоги, яка не відповідає принципам правової держави. Тож, з огляду на важливість юридичної допомоги як особливої гарантії прав, свобод і законних інтересів, є потреба в науковому дослідженні цього феномена та виробленні практичних рекомендацій щодо удосконалення механізмів гарантування права на професійну юридичну допомогу (адвокатську монополію).

Ступінь наукової розробки теми. Серед досліджень, які торкаються окремих питань юридичної допомоги та діяльності адвокатури, варто назвати праці таких науковців, як: І.Ю. Гловацький, Д.В. Гончар, Т.Б. Вільчик, О.Д. Святоцький, М.М. Михеєнко, В.Л. Кудрявцев, Т.В. Варфоломєєва, В.Г. Гончаренко, С.В. Гончаренко, А.В. Коршенко, В.І. Форманюк, Є.Ю. Бова, А.В. Коршенко, О.М. Овчаренко, В.М. Ісакова, О.Б. Лазурко, Ю.М. Грошевий, О.В. Крушніцька, А.Я. Дубинський, Я.П. Зейкан, С.В. Ківалов, В.Т. Маляренко, М.А. Маркуш, В.О. Попелюшко, С.Ф. Сафулько, М.І. Сірий, З.Д. Смітєнко, С.Я. Фурса, Д.П. Фіолєвський, В.П. Шибіко та ін.

За допомогою до юристів упродовж життя звертається, по суті, кожна людина. Адже цивілізований спосіб ведення бізнесу, забезпечення життєдіяльності, захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб вимагають професійного юридичного супроводу кожного етапу господарської та іншої діяльності. Тому для захисту своїх прав та інтересів юридичні і фізичні особи дедалі частіше звертаються за правовою (юридичною) допомогою до компаній, які надають юридичні послуги на професійній основі¹. У наукових джерелах зазначається, що наявність в осіб суб'єктивних прав характерна вже для ранніх етапів державності. У цей же період можна простежити і зародження права на юридичну допомогу. Основоположний етап розвитку права на юридичну допомогу пов'язаний із виникненням держави, суду і, як наслідок, кримінального та цивільного судочинства.

В історичних джерелах та юридичній літературі знаходимо відомості про ставлення в різні історичні періоди і в різних країнах до забезпечення правовою допомогою вразливих прошарків населення, на підставі чого можна зробити висновок про постійне опікування з боку адвокатури людьми незаможними, хворими, старими, котрі самостійно не можуть захистити свої права і потребують професійного захисту та правового консультування. Держава у цих справах зазвичай не залишалася осторонь – коли адвокатська спільнота втрачала почуття реальності щодо фінансових можливостей своїх клієнтів і виявлялася неспроможною ефективно виконувати свою функцію, втручалася держава².

Відповідно до положення ст. 59 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно³. Незважаючи на конституційне закріплення відповідного права, ні в Конституції України, ні в чинному законодавстві не наведено дефініції юридичного поняття «кваліфікована юридична допомога». Що стосується юридичного поняття «кваліфікована юридична допомога», то потреба в його дефінуванні чітко пов'язана з необхідністю однакового його розуміння і застосування з огляду на особливе конституційно-правове призначення. Тим часом у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» це поняття розкрито тільки щодо характеру юридичної допомоги, наданої адвокатами в межах їхньої адвокатської діяльності, і не має загального характеру⁴. Відповідно, недостатня ясність конституційного терміна «кваліфікована юридична допомога», як і його відсутність в інших нормативно-правових актах, засвідчує потребу у виробленні його загальнообов'язкової (легальної) нормативної дефініції.

На думку дослідників, правову допомогу варто розглядати як: кваліфіковану юридичну допомогу, діяльність осіб, що володіють спеціальними знаннями в галузі права для надання якісних правових послуг⁵.

Правову допомогу трактують також як допомогу адвокатів, що надається лише в разі захисту від обвинувачення у кримінальних справах, або ж як будь-який вид правової допомоги, за винятком захисту особи від обвинувачення у кримінальних справах, який є однопорядковим із правовою допомогою поняттям і не входить до останнього⁶.

Кваліфікована юридична допомога – це досить складна, внутрішньо узгоджена сукупність багатьох складових (зокрема, це суб'єкти, якість, цілі тощо, які існують і діють у юридичній сфері). Свого часу класик процесуальної думки М. Каппеллетті, аналізуючи історичний розвиток та існування на той момент положення у сфері юридичної допомоги, виділяв три основні тези: «юридична допомога стала правом, яке охороняє

чинне законодавство; ця охорона вимагає позитивних дій з боку держави; і ці дії повинні ефективно, а не формально, гарантувати це право»⁷.

Одним із важливих суб'єктів гарантування права людини на професійну правову допомогу виступає, звісно, адвокатура. Як зауважує із цього приводу Т.Б. Вільчик, саме інститут адвокатури України повинен стати однією з провідних структур правової системи, здатною ефективно контролювати додержання органами державної влади прав і законних інтересів людини завдяки здійсненню суспільно значущих публічних функцій, зокрема: захисту суспільства в особі кожного його члена; професійно-правового контролю за забезпеченням органами державної влади конституційних прав і свобод людини; законотворчої ініціативи⁸.

Через адвокатуру як інститут громадянського суспільства правова держава забезпечує своїм громадянам можливість реалізувати їхні права і свободи, користуючись при цьому гарантованим державою правом на юридичну допомогу, реалізація якого здебільшого і здійснюється адвокатурою. У цій парадигмі остання виступає не як інструмент держави, а як соціальний інститут, за допомогою якого держава реалізує це право через своїх громадян. У такий спосіб адвокатура збалансовує відносини між державою та її громадянами, оскільки правова держава повинна забезпечити пріоритет прав і свобод людини та громадянина, а адвокатура зобов'язана сприяти їх реалізації та захисту. Без сумніву, адвокатура – своєрідний орган, що збалансовує інтереси громадянського суспільства з потребами і можливостями держави. По суті, це окремий інститут громадянського суспільства, що має спеціальні повноваження.

Сучасна українська адвокатура – це організоване співтовариство українських адвокатів, метою якого є захист прав і свобод членів громадянського суспільства, усіх його суб'єктів, надання правової допомоги у всіх видах життєдіяльності українського суспільства. Призначення адвокатури – правоохоронна діяльність, захист прав і законних інтересів громадян та організацій⁹.

Держава повинна бути заінтересована в тому, щоб адвокатура була високопрофесійним інститутом у сфері доступності юридичної допомоги. Тому вона має сприяти здійсненню заходів щодо підвищення кваліфікації адвокатів, вживати заходів для захисту адвокатів від переслідувань, необґрунтованих обмежень у їхній професійній діяльності. Зважаючи на публічно-правову природу своєї професії, адвокат є захисником не тільки приватних інтересів окремої особи, а й інтересів усього суспільства; він виступає в судочинстві не тільки як представник сторони, а й як представник суспільного інтересу, який захищає права особи як члена суспільства¹⁰.

Адвокатура, на думку Л.В. Тацій, вважається інститутом громадянського суспільства, який є не тільки об'єднанням професіоналів-юристів, а й правовою установою, що реалізує свої повноваження у тісній взаємодії з органами юстиції – судовими установами, органами нотаріату, реєстрації актів громадянського стану, державної виконавчої служби, судово-експертними установами та іншими державними і недержавними установами. Зарахування адвокатури до інституції громадянського суспільства покладає на неї додаткові функції¹¹.

Розглядаючи професійну юридичну допомогу крізь призму адвокатської діяльності, варто зосередити увагу на понятті «адвокатська монополія». Адвокатська монополія – практика, яка існує в багатьох країнах. В Україні її запровадження відбувалося поетапно за президентства Петра Порошенка. У 2017 р. вона з'явилася у Верховному і Касаційному судах, у 2018 р. – у судах апеляційної та першої інстанції. Передбачалося, що з 1 січня 2020 р. лише прокурори й адвокати представлятимуть у судах органи державної влади та місцевого самоврядування. Адвокатська монополія не поширюється лише на спори у трудових відносинах та малозначні спори – у цих випадках представником у суді може бути будь-яка повнолітня дієздатна особа. Це стосується усіх процесуальних кодексів, крім Кримінального і Кодексу про адміністративні правопорушення. Предмет спору малозначних справ не має перевищувати 100 прожиткових мінімумів, тобто на сьогодні – близько 190 тис. грн. Але в деяких випадках суд може визнати малозначною й іншу справу, де ціна позову не перевищує 500 прожиткових мінімумів, а це вже 950 тис. грн.

Тобто на ділі адвокатська монополія не така вже й монополія, адже чинний закон передбачає низку винятків. Проте Законом № 1013 в Україні було скасовано адвокатську монополію. Метою таких змін є забезпечення права кожного на отримання професійної правничої допомоги через скасування адвокатської монополії на надання такої допомоги. Із цього приводу адвокатська спільнота вважає, що скасування виключного права адвокатів на представництво у судах є порушенням статей Основного Закону, які забороняють звуження обсягу прав і свобод громадян. І наголошує, що держава втратить набагато більше без адвокатського представництва її інтересів у судах. Крім того, Європейський суд з прав людини, розглядаючи у 2019 р. питання адвокатської монополії (справа «Молдавська проти України»), визнав, що адвокатська монополія жодним чином не порушує права на справедливий суд, гарантованого у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, адже для забезпечення ефективного захисту особи можуть вимагатися конкретні юридичні кваліфікації.

Введення монополії адвокатури в Україні було запозиченням досвіду багатьох розвинених держав світу. Сьогодні монополія існує в США, Канаді, Австралії, Новій Зеландії, в усіх країнах Латинської Америки.

Туреччина, Італія, Німеччина – країни, в яких діє адвокатура на всіх рівнях судового представництва. В Японії провадження такої діяльності без статусу адвоката вважається злочином.

Приміром Франція є однією з тих країн, у яких також успішно діє адвокатська монополія. Вона навіть яскравіше виражена, ніж в інших європейських країнах. Можливість того, що сторону в суді представлятиме особа, яка не є адвокатом, вкрай мала, при цьому вона обмежується першою інстанцією.

Загалом, як показує досвід Франції, введення адвокатської монополії може мати чимало позитивних наслідків. Скажімо, внаслідок низки реформ з 1990 р. під єдиним статусом адвоката у Франції були об'єднані професії судового адвоката і юридичного консультанта, який раніше спеціалізувався тільки на консультиванні клієнтів і складанні документів¹². Основний мотив реформ – це бажання забезпечити конкурентоспроможність французьких консалтингових фірм перед англосаксонськими юридичними компаніями, які були широко представлені на ринку. Утім, поняття монополії має і зворотний бік. Вона поширюється на самих адвокатів, статус яких несумісний зі здійсненням ними інших видів професійної діяльності, найчастіше це пов'язано з підприємницькою діяльністю. Незалежно від сфери юридичної спеціалізації адвокатська монополія імпліцитно передбачає примусове підвищення професійного рівня.

Французькі адвокати з погляду професійної самодостатності і «калібру» діляться на три майже рівновеликі частини: адвокати «за наймом», індивідуально практикуючі адвокати, партнери бюро. Причому статусом адвоката, який уклав договір професійного найму з патроном, соціальні та професійні внески за якого платить роботодавець, користуються в цілому по країні щонайбільше 10 % адвокатів. Однак у Паризькій адвокатській палаті спостерігається інше – більшість тамтешніх адвокатів (40 %) віддає перевагу статусу «найманого співробітника». Ці цифри показують досить чітку різницю між адвокатською діяльністю у столиці і провінції. У регіонах Франції переважає, як і раніше, майже сімейна модель великих адвокатських утворень, які віддають перевагу судовому представництву, а не юридичному консалтингу. Старші партнери і надалі грають у них роль куратора для своїх колег-початківців. А ті своєю чергою більш чітко орієнтовані в осяжному майбутньому на придбання партнерського статусу або ж на створення самостійної структури.

На цей час отримати сертифікат про право на здійснення адвокатської діяльності, який дає право вступити в адвокатську палату, можна лише після півтора року навчання в підготовчому центрі регіонального рівня. Тільки за результатами складання вступних іспитів і за наявності диплома юриста здійснюється запис у підготовчий центр. Пів року відводиться на навчання, яке пов'язане з низкою ключових моментів майбутньої професійної діяльності. Це особливо важливо в країні, де правова спеціалізація в університетах починається досить рано. А решта часу йде на проходження двох 6-місячних професійних стажувань: на будь-якій посаді, яка пов'язана з юриспруденцією; в одному із французьких адвокатських бюро. Далі, аби отримати кваліфікаційний сертифікат, потрібно скласти низку іспитів. Базових юридичних знань для складання кваліфікаційних іспитів вистачає, тому боятися не варто, 99 % зарахованих до центру їх успішно складають.

Щоб підвищувати і підтримувати професійну кваліфікацію своїх членів, адвокатура докладає значні зусилля. Проходження не менше як 20 годин професійної підготовки повинен підтверджувати кожен адвокат щорічно. Аби отримати статус повіреного при Апеляційному суді, також потрібно скласти спеціальні іспити. Те саме стосується й адвоката при Касаційному суді та Державній раді, що є вищою судовою інстанцією у справах адміністративного характеру.

Важливим є й питання професійної відповідальності адвоката за свої послуги. Так, можливий розгляд питання про відшкодування клієнтові збитку, який виник внаслідок недбалості при наданні послуг або умисних дій самого адвоката. Вимога відповідності адвоката моральним принципам, які діють у цій професії, є другим плюсом режиму адвокатської монополії у Франції. Прикладом може бути вимога про те, що особа, щодо якої винесено вирок у кримінальній справі, не може бути адвокатом. Якщо адвокат брав участь у корупційних схемах, то на його подальшій кар'єрі можна ставити хрест.

Щодо забезпечення принципів незалежності та дотримання професійної таємниці, у Франції існують жорсткі вимоги і гарантії, з точки зору клієнтів бізнес-адвокатів це дуже важливо. Якщо робота з новим клієнтом ставить адвоката або його бюро в конфліктну ситуацію, він зобов'язаний відмовитися від ведення цієї справи. Досить жорсткі обмеження в рекламі також обов'язкові до дотримання. У своїй поведінці і висловлюваннях ним оцінка адвокат зобов'язаний проявляти стриманість. Правила професійної етики повинні дотримуватися і у відносинах з клієнтами, і у відносинах між адвокатами – це сприяє формуванню відносин у спільноті, коли всі поважають одні інших.

Починаючи роботу з новим клієнтом, адвокат повинен з'ясувати, чи не працював раніше інший адвокат у цій справі. Якщо працював, то потрібно уточнити, чи було такому адвокату виплачено професійний гонорар за надані послуги. Якщо клієнт на друге запитання відповів негативно, слід запропонувати йому здійснити оплату. Критикувати професійні якості інших адвокатів і висловлювати некоректні коментарі стосовно них заборонено. Випадки, коли юридичний консультант намагається висловити свою думку про іншу сторону, говорячи про непорядність або статеву орієнтацію її адвоката, у Франції в принципі неможливі. Професійне співтовариство там досить строго стежить за дотриманням своїми членами принципів професійної етики. Недотримання принципів може призвести до жорстких наслідків, навіть до вилучення з адвокатури, що рівнозначне забороні на заняття професією.

Корпоративне сприйняття і професії, і свого місця в ній формує у французьких адвокатів внесення етичної складової у професійну діяльність. Час, який був присвячений підготовці до вступу в адвокатуру, носіння мантиї в судовому засіданні, складання присяги, звернення «метр» – усе це має дуже важливе значення. Зокрема, усе перераховане вище сприяє формуванню і розвитку внутрішньої поваги, а це дає змогу психологічно почуватися незалежною особою, яка надає клієнтові юридичну допомогу і володіє досить високим статусом у соціумі, а не є просто обслуговувальним персоналом для клієнта. Варто наголосити й на тому, що адвокат на початку і упродовж своєї адвокатської кар'єри має реальну підтримку з боку адвокат-

ської палати. Відповідно, адвокатський корпус стає реальною суспільною силою, що здатна впливати на більшість процесів у суспільстві, зокрема й на проведення законодавчих реформ.

Що стосується адвокатської монополії у Франції, то варто зазначити, що вона не абсолютна. У багатьох спеціалізованих інстанціях під час розгляду справ посередництво адвоката зовсім не потрібне, наприклад, розглядаючи цивільні справи зі сумою позову до 10 тисяч євро, що належать до компетенції «судів малої інстанції». У комерційних судах, які вирішують значну кількість бізнес-спорів, також не є обов'язковим посередництво адвоката, хоча на практиці вони відіграють вагомий роль у цій ніші.

У Державній раді та Касаційному суді, які є верховними судовими інстанціями у Франції, діє монополія «адвокатів у рада», це окрема категорія спеціальних адвокатів, які володіють особливим статусом, признає їх міністр юстиції.

Варто зазначити, що в певний момент щодо адвокатури починають діяти правила розвитку складних структур, які проявляються в їх прагненні до розширення своїх повноважень і привілеїв. Так, адвокати Франції вже мають право виступати в ролі спортивного агента або здійснювати довірче управління майном.

Досвід Франції показує, що якщо запровадити професійну адвокатську монополію – це може сприяти оздоровленню ринку юридичних послуг. Однак реальний ступінь такого оздоровлення залежить від значної кількості чинників, тому їх важливо враховувати докладно на законодавчому рівні.

Щодо вітчизняного юридичного ринку, то його реальне оздоровлення навряд чи відбудеться, якщо адвокатське співтовариство не докладатиме подальших зусиль. І якщо найширшої підтримки заслуговує введення адвокатської монополії на судове представництво, то під великим питанням є доцільність її розширення на всю сферу юридичних послуг.

Також показовим є досвід Англії. Тамтешній ринок юридичних послуг обслуговували головні представники двох професій: соліситори (умовно кажучи, юридичні консультанти) і баристери (адвокати), взаємодія між якими здійснювалася за вельми простою схемою. Соліситори, які мають безпосередній, прямий контакт з кінцевим клієнтом – замовником юридичних послуг, за потреби залучали до роботи баристерів – переважно у випадках, коли вимагалось представництво і ведення справ у суді. Баристери володіли практично винятковою прерогативою на таку роботу з огляду на їхнє невід'ємне право виступу в судах. Разом із тим баристери не мали прямого доступу до кінцевого клієнта-замовника й отримували всі вказівки («інструкції») від соліситорів. Відповідно, адвокатура позначалася терміном «referral profession» (тобто фахівці, яких залучають і наймають інші юристи – соліситори, а не кінцевий клієнт).

Із прийняттям 2007 р. Закону про юридичні послуги і 1990 р. Закону про суди та юридичні послуги відмінність між соліситорами та баристерами значно розмилася. Представляти клієнтів у всіх судах отримали право соліситори, оскільки вони увійшли до переліку осіб, які мають право виступати в суді (right of audience). Баристери отримали право без посередництва соліситорів приймати інструкції від клієнтів. Однак вони і надалі представляють клієнтські інтереси в судах вищої інстанції, тимчасом як соліситори представляють клієнтів у магістратських судах і судах графств, а також готують документи і збирають докази. Також після набуття чинності Законом про юридичні послуги 2007 р. баристери отримали можливість працювати в товариствах (партнерствах) один з одним, брати участь в управлінні і володіти паями / акціями структур, які називаються Legal Disciplinary Practices (LDPs), паралельно працювати як самозайнята особа і за наймом (але не в одній справі). Учасниками LDP можуть бути і соліситори, і баристери, а також особи, які не належать до юридичної професії (не більше ніж 25 % від всіх партнерів).

Крім того, баристери можуть створювати структуру під назвою Procure Co. За своєю природою це корпоративна форма здійснення адвокатами своєї діяльності, її власником може бути і один баристер, і кілька, і навіть вже наявні об'єднання адвокатів – палати. Ця компанія на договірній основі може запрошувати інших фахівців – аудиторські / бухгалтерські фірми, юридичні фірми, послуги яких використовуватимуть за потреби в різних справах і проєктах.

У законодавствах низки прогресивних країн – таких як Іспанія, Італія, Данія та інших, закріплено норми виключного права адвокатів представляти інтереси сторін у більшості категорій справ. Іншими словами, боятися адвокатської «монополії» не потрібно, адже ми не боїмося, скажімо, «монополії» водіїв з посвідченнями на надання послуг перевезення або «монополії» лікарів на надання медичної допомоги. Приватно практикуючий юрист та адвокат є представниками однієї професії. Однак міжнародний досвід і здоровий глузд говорять про те, що об'єднання всіх практикуючих юристів навколо адвокатури є найоптимальнішим варіантом, оскільки саме професійна етика, професіоналізм і незалежність об'єднують адвокатуру, а не консультивання громадян та підготовка процесуальних документів.

Загалом, багато експертів та науковців сходяться на думці, що адвокатська монополія все ж таки є «монополією професіоналів», монополією юристів для захисту громадянського суспільства, монополією права проти хаосу тощо. Адвокатська монополія в широкому сенсі встановлена скрізь, де розвинена правова система і правова культура, іншими словами, як виключне право на діяльність в інших сферах юридичної практики, а не тільки на судове представництво.

У професійному середовищі поширене уявлення, що тільки в країнах англосаксонської правової сім'ї адвокатська монополія має абсолютний характер. Однак дослідження в рамках Міжнародної асоціації юристів свідчать про те, що крім монополії адвокатів на судове представництво, у більшості країн встановлена заборона для осіб, які не мають адвокатського статусу, надавати юридичну допомогу взагалі. У більшості

європейських країн, зокрема у Греції, Данії, Німеччині, Голландії, Португалії, а також у Тайвані, Гонконзі, Республіці Корея, адвокатська монополія поширюється далеко за межі представництва у судах.

Висновки. Наведені вище світові тенденції засвідчують, що адвокатська монополія означає не обмеження послуг юридичного ринку, а нормалізацію регулювання і встановлення єдиних правил, які допоможуть стати ринку прогнозованим й еволюційним. Дадуть змогу забезпечити всім рівний доступ до юридичних послуг високої якості, підвищити рівень правової культури в суспільстві та покращити роботу судів і правоохоронної системи. У такий спосіб ми введемо єдині стандарти надання правової допомоги. Водночас відсутність компетентних і професійних кадрів робить беззмисловою саму ідею кваліфікованої юридичної допомоги, що більше, створює реальну загрозу порушення прав, свобод і законних інтересів громадян внаслідок надання неякісних послуг.

Усі держави світу, які сповідують принцип верховенства права, йдуть шляхом формування єдиного ринку юридичних послуг та встановлення загальних правил у сфері професійної юридичної допомоги. Перехід до введення єдиних стандартів, який свого часу був ініційований в Україні, свідчить про те, що наша держава не ігнорує зарубіжного досвіду і прагне розвивати правову культуру суспільства.

¹ Павліш П.В. Договір про надання юридичної допомоги за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2016. С. 4.

² Гончаренко С.В. Проблеми надання безоплатної правової допомоги. Короткий огляд новітніх тенденцій. *Адвокат*. 2011. № 11 (134). С. 12–16.

³ 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> (дата звернення: 15.09.2020).

⁴ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5.07.2012 р. № 5076-VI. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 15.09.2020).

⁵ Невская О.В. Что такое квалифицированная юридическая помощь? *Адвокат*. 2004. № 11. С. 37–39.

⁶ Бірюкова А.М., Гончаренко С.В. Щодо проекту закону України «Про правову допомогу», розробленого Міністерством юстиції України: зауваження і пропозиції. *Адвокат*. 2004. С. 17–20.

⁷ Cappelletti M. Access to Justice and the Welfare State. Firenze, 1979. P. 28–30.

⁸ Вільчик Т.Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2016. С. 8.

⁹ Стасюк О.Л. Адвокатура як особливий суб'єкт забезпечення реалізації правозахисної функції в Україні: адміністративно-правовий аспект. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 1. С. 165–168.

¹⁰ Вільчик Т.Б. Адвокатура та громадянське суспільство у правовій державі. *Право України*. 2014. № 11. С. 243–250.

¹¹ Тацій Л.В. Юридична природа адвокатури в системі захисту прав і свобод людини і громадянина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2008. 20 с.

¹² Деханов С.А. Адвокатура в Западной Европе: опыт и современное состояние: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2010. 20 с.

Резюме

Шандула О.О. Адвокатська монополія: національні тенденції та зарубіжний досвід.

У статті досліджено особливості професійної юридичної допомоги в контексті національних тенденцій адвокатської монополії та зарубіжного досвіду її функціонування. Зазначено, що особливе значення отримання та надання юридичної допомоги в сучасних умовах викликане об'єктивними і суб'єктивними чинниками, серед яких: зростання ролі права та правових механізмів задоволення суб'єктами економічних, політичних, духовних та інших інтересів; неможливість більшості громадян через відсутність спеціальних знань у галузі юриспруденції обстоювати свої права і законні інтереси, захищатися від свавілля з боку державних органів; недостатній рівень розвитку правової свідомості і правової культури громадян, що унеможлиблює або ускладнює використання в тій або тій життєвій ситуації елементарних правових засобів для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів. Наголошено, що тільки в країнах англосаксонської правової сім'ї адвокатська монополія має абсолютний характер.

Зроблено висновок, що адвокатська монополія означає не обмеження послуг юридичного ринку, а нормалізацію регулювання і встановлення єдиних правил, які допоможуть стати ринку прогнозованим та еволюційним.

Ключові слова: права людини, права держава, професійна юридична допомога, адвокатура, адвокатська монополія, юридичні послуги.

Резюме

Шандула А.А. Адвокатская монополия: национальные тенденции и зарубежный опыт.

В статье исследованы особенности профессиональной юридической помощи в контексте национальных тенденций адвокатской монополии и зарубежного опыта ее функционирования. Указано, что особое значение получения и предоставления юридической помощи в современных условиях вызвано объективными и субъективными факторами, среди которых: рост роли права и правовых механизмов удовлетворения субъектами экономических, политических, духовных и других интересов; невозможность большинства граждан из-за отсутствия специальных знаний в области юриспруденции отстаивать свои права и законные интересы, защищаться от своеволия со стороны государственных органов; недостаточный уровень развития правового сознания и правовой культуры граждан, которая делает невозможным или усложняет использование в той или той жизненной ситуации элементарных правовых средств для реализации своих прав, свобод и законных интересов. Подчеркивается, что только в странах англосаксонской правовой семьи адвокатская монополия имеет абсолютный характер.

Сделан вывод, что адвокатская монополия означает не ограничение услуг юридического рынка, а нормализацию регулирования и установление единых правил, которые помогут стать рынку прогнозируемым и эволюционным.

Ключевые слова: права человека, правовое государство, профессиональная юридическая помощь, адвокатуры, адвокатская монополия, юридические услуги.

Summary

Oleksandr Shandula. Monopoly of advocates: national trends and foreign experience.

The author examines the key characteristics of professional legal aid considering national trends of monopoly of advocates and relevant foreign experience. It is stressed that the special significance of guaranteeing and providing legal aid is currently caused by objective and subjective factors, including: the growing role of law and legal institutes in satisfaction of economic, political, spiritual and other interests of individuals; the inability of the majority of citizens to defend their rights and legitimate interests, to protect themselves from arbitrariness by public authorities, which is caused by lack of legal knowledge and law-enforcement background; insufficient level of development of legal comprehension and legal culture of citizens, which challenges the usage of basic individual rights, freedoms and legitimate interests in concrete life situations.

In addition, in most countries significant problems are reported in the mechanism of providing legal aid, which does not comply with the rule of law principle. It is emphasized that only in the countries of the Anglo-Saxon legal system the monopoly of advocates has been shaped in an absolute form. However, research by the International Bar Association suggests that, in addition to monopoly of advocates in court claims, most national jurisdictions prohibit noncertified advocates to provide legal assistance at all. In most European countries, including Greece, Denmark, Germany, the Netherlands, Portugal, as well as Taiwan, Hong Kong, and the Republic of Korea, the monopoly of advocates extends far beyond the court actions.

It is concluded that the monopoly of advocates does not mean restricting the freedom of the market of legal services, on the contrary, the adequate regulation and uniform rules that would make the legal aid services more predictable and evolutionary. This would guarantee everyone equal access to a highly qualified advocate, would nourish the level of legal culture in society and would improve the quality of court trials and the functioning of the law enforcement agencies. In this way, uniform standards for the provision of legal aid should be introduced. At the same time, the lack of competent and professional staff makes the very idea of qualified legal aid meaningless, moreover, poor quality services create a real threat of infringement within the rights, freedoms, and legitimate interests of citizens.

Key words: human rights, rule of law, professional legal aid, advocacy, monopoly of advocates, legal services.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.08

УДК 340.1

I.M. ШАРКОВА

*Ірина Миколаївна Шаркова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»**

ORCID: 0000-0002-2010-3811

ОБРАЗ ДОБРОСОВІСНОГО СУБ'ЄКТА ПРАВА В ІСТОРІЇ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ: ВИОКРЕМЛЕННЯ УНІВЕРСАЛЬНИХ КРИТЕРІЇВ

Постановка проблеми. На тлі сучасних «тектонічних» зрушень, що нині відбуваються практично в усіх «нашаруваннях» відокремлених об'єктивних норм права, надзвичайно актуалізується вічна проблема правосуб'єктності учасників правовідносин та оцінки їх легітимності. У правовому просторі нашої країни вона набуває характеру визначення добросовісності та добросовісності суб'єктів права.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій. Проблеми критеріальної визначеності добросовісного суб'єкта в сучасному праві активно досліджуються такими європейськими вченими, як С. Бартон (Steven J. Burton), Д. Фрідман (D. Friedmann), Г. Люк (H. Luck), Р. Зіммерманн (R. Zimmermann) та академічними юристами, що працюють на пострадянському просторі: Т.Ю. Дроздовою, В.І. Ємельяновим, Л.Л. Кондратюк, Н.С. Кузнецовою, Р.А. Майдаником, А.В. Смітюхом, Д.Г. Павленком, В.Д. Примаком, А.В. Поповою та іншими. Однак цілісна наукова концепція добросовісного суб'єкта права, яка б відповідала як романо-германській, так і англо-американській культурно-правовій традиції, ще не розроблена.

Формулювання мети статті. Дане дослідження націлене на розробку засад такої бікультурної концепції, що розроблятиметься на основі порівняння підходів до визначення добросовісності як певної суб'єктної характеристики в Стародавньому Римі та Англії Нового Часу.

Виклад основного матеріалу. Культурно-історична локалізація образу добросовісного суб'єкта права продиктована «материнським» характером правових культур Стародавнього Риму та Великої Британії для

© I.M. Шаркова, 2020

* *Iryna Sharkova, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman*

відповідно романо-германської та англо-американської традиції права. На основі виявлення спільних сутнісних характеристик цих образів уявляється можливим з'ясувати особливості їх трансформації та інтеграції в міжнародному приватному праві.

Історично первісним образом легітимного суб'єкта права є характеристика добропорядної людини в Стародавньому Римі, яка визначалася через її відповідність вимогам добрих звичаїв (*boni mores*). У підґрунті *boni mores* знаходилося «почуття обов'язку та природної прив'язаності до богів, батьків або близьких родичів», що психологічно оформлювалося як «внутрішнє почуття сорому»¹.

Показовим прикладом застосування *boni mores* як критерію моральності є образ «матері родини» (*matrem familias*), яку з жінки робив «не шлюб і не народження, а лише моральний образ життя» (*boni mores*) (Ulp. D. 50. 16. 46. 1)². Важливо підкреслити, що характеристика *boni mores* поширювалася на всіх людей і добропорядними визначалися як взагалі будь-яка людина (*bonae frugi homo*)³, так і навіть раб (*bonae frugi servum*) (Ulp. D. 11. 3. 1. 4)⁴.

У такому контексті стає зрозумілим, чому в Стародавньому Римі спочатку добросовісність розумілася виключно як характеристика глави сім'ї (*pater familias*), який був єдиною особою, що мала повний обсяг правосуб'єктності. Згодом *bonus pater familias* постає універсальним еталоном будь-яких учасників товарно-грошових відносин, які з певними обмеженнями набувають приватноправової правосуб'єктності.

Саме тому дослідження інституту *bonus pater familias* і є ключовим у з'ясуванні суті образу добросовісного суб'єкта права в Стародавньому Римі.

Образне уособлення добросовісності (*bona fides*) антропоморфно мислячими стародавніми римлянами розумілося як *fides vir bonus* (совість доброго мужа). Сам зміст *bona fides* залежав від того, як певна особа у відповідній ситуації розуміла те, що є добрим (*bonum*).

Позитивний критерій добросовісності сформували преторська практика і діяльність юриспруденсів, обираючи для цього образ уявної пересічної але хазяйновитої, дбайливої та розумної особи свого права (Paul. D. 22. 3. 25)⁵.

Поза всяким сумнівом, добросовісний глава родини – це передусім *вільна людина*, тобто особа, головний правовий статус якої – *стан свободи* (*status libertatis*). *Bonus pater familias* – це безумовно *добропорядний чоловік – домовладика* (*pater familias*), батько сімейства, найстарша в сім'ї особа чоловічої статі за висхідною лінією, римський громадянин, єдина особа свого права (*sui iuris*) в римській сім'ї⁶. Так, за Ульпіаном, «домовладикою називається той, кому належить влада в сім'ї, і це правильна назва, навіть якщо у нього немає сина, тому що ми позначаємо не тільки його особу, але й правове становище» (Ulp. D. 50. 16. 195)⁷.

Однак кваліфікуючими ознаками *bonus pater familias* як добросовісного суб'єкта є наступні три:

По-перше, це людина здорового глузду, носій природного розуму (*naturalis ratio*) (Gai. D. 9. 2. 4)⁸, який здатний до судження порядної людини (*virī boni arbitratu*) або судження добропорядного мужа (*boni viri arbitratu*). Це передбачало здібність до правильного формально-логічного мислення, що мало абсолютний характер: «Те, що було введено не на основі розуму, а помилково, але потім підтримувалося звичаєм, не має сили стосовно схожих випадків» (Cels. D. 1. 1. 39)⁹.

По-друге, образ добросовісного суб'єкта свого права містив таку морально-психологічну характеристику, як *обачність, обережність*, що розумілися переважно як скептичне ставлення добросовісної особи до всіляких заяв, дій, обіцянок та пропозицій. Проте таку обережність не можна прирівнювати до банального боягузтва, яке для римлян було несумісним з образом доброго мужа (*boni viri*): «Немає ніякого правомірного виправдання необґрунтованому страху» (Cels. D. 50. 17. 184)¹⁰.

Виваженість добросовісного суб'єкта права визначає наступна інтенція, яка приписується Лабеону: «... знання не слід оцінювати ні з точки зору найзацікавленішої людини, ні з точки зору найнедбалішої, а з точки зору того, хто при вболіванні за цю справу міг би дізнатися про факт шляхом уважного дослідження» (Paul. D. 22. 6. 9. 2)¹¹.

По-третє, модель добросовісного суб'єкта права передбачала важливу характеристику – *хазяйновитість*. Отже, *bonus pater familias* – це не абстрактна «середня людина», а суб'єкт активних дій, діяльна, *хазяйновита людина*. «Цивільне право написано для діяльних (*vigilantibus*)» (Scaev. D. 42. 8. 24. 2)¹². А судження добропорядного мужа «не дозволяють робити так, щоб майно зменшувалося» (Ulp. D. 28. 8. 7)¹³.

Справжній діловий портрет хазяйновитого домовладика поданий Павлом (Paulus): «той, хто здійснює платіж, ніколи не є настільки безтурботним, що викидає свої гроші та витрачає їх при відсутності боргу, і особливо якщо той, хто стверджує те, що він сплатив належне, є старанною людиною і працелюбним батьком родини, легковажна помилка якого є неймовірною» (Paul. D. 22. 3. 25)¹⁴.

Таким чином, здійснена реконструкція еталона добросовісного хазяйновитого глави сім'ї (*bonus pater familias*) дає змогу виокремити такі три його сутнісні характеристики: 1) людина здорового глузду; 2) людина обачна та уважна; 3) людина діяльнісна, хазяйновита.

У межах англо-американської культурно-правової традиції добросовісний суб'єкт права, як правило, позначається терміном *джентельмен* (*gentleman*).

Англійський іменник «джентльмен» бере початок від давньофранцузького «*gentilz hom*» (витончена, вишукана людина). Саме тому соціальна категорія джентльмена розглядається як «найближчий, сучасний англійський еквівалент дворянства Франції»¹⁵.

Зараз джентльмен – це не просто людина доброго і ввічливого поведіння, а певна особа, яка має правосуб'єктність відповідно до стандартів загального права. У вимірах публічного права англійська соціальна

категорія «джентльмен» розповсюджується на суб'єктивні права певного класу британської знаті. Але відповідно до сучасного приватного права термін «джентльмен» більше відповідає римськоправовому статусу *bonus pater familias*.

Поняття джентльмен хоча й має аналоги в інших мовах (французькій – *gentilhomme*, іспанській – *gentilhombre* та італійській – *gentiluomo*), але в англійській правовій культурі воно набуло специфічного змісту.

Поява цього інституту пов'язується з указом 1278 р., коли в Англії задля поповнення державної казни всі вільні тримачі землі з річним доходом у 20 ф. ст. були зобов'язані викупити рицарський патент. Таким чином заради задоволення фіскальних інтересів сформувався окремий соціальний клас шляхетних осіб *джентри* (*Gentry*), представників якого стали називати джентльменами. У 1856 р. енциклопедія «Британіка» (*Encyclopædia Britannica*) вперше фіксує розширене значення поняття джентльмена, яке застосовують, коли з ввічливістю звертаються до того, «чий статус явно вищий звичайного торговця, якщо манери явно видають їх витонченість та розумність».

Поява такої соціальної групи явно суперечила багатовіковій традиції країн континентальної Європи, де протиставляються соціальний статус «підлого» (через обов'язковість сплати податку з прибутків) стану торговців і воїнський шляхетний стан рицарів-дворян, які «розплачуються» не грошима, а власною кров'ю. Тільки в Англії через викуп рицарського патенту сформувався унікальний клас осіб, які не лише сповідували воїнські кодекси честі, а й успішно втілювали їх у торговельну практику¹⁶.

Подвійне історичне походження цього терміна від статусу рицаря та соціального становища купця викликає суперечливі тлумачення його значення. У сучасному вживанні слово джентльмен визначається неоднозначно, тому що вислів «поводитися як джентльмен» містить стільки ж похвали, скільки й критики. Наприклад, «витратити гроші, як джентльмен» – це критика, але «вести бізнес, як джентльмен» – це похвала¹⁷.

Згодом це поняття еволюціонує в бік образу людини – носія здорового глузду (*man of common sense*). Так, шотландський філософ Т. Рід свій аналіз здорового глузду (*common sense*) розпочав із дослідження поняття «сенс» (*sense*) і вважав, що в побутовій мові під цим словом розуміється передусім *судження*. Людина зі здоровим глуздом – це *a man of sense*. Він же – людина розсудливісна – *a man of judgment*. «Здоровий глузд – це рівень судження, притаманний людям, з якими ми можемо спілкуватися і мати справу»¹⁸.

Ця тенденція закріплена в актах міжнародного торгового права. Так, у п. 2 ст. 8 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. (Віденська конвенція) передбачається можливість добросовісної інтерпретації, зокрема правило здорового глузду, згідно з яким тлумачення заяв і поведінки здійснюється згідно з тим розумінням, яке мала б розумна особа, котра виступає в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин¹⁹.

Аналогічне правило передбачене в Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА. Так, інтерпретація змісту договору (а також заяв та дій) має тлумачитися на основі інтенціонального правила, а саме, відповідно до *спільних намірів сторін* (англ. *common intention of the parties*; франц. *commune intention des parties*; нім. *gemeinsamen Willen der Parteien*) (п. 1 ст. 4.1). Якщо ж такий намір не можна виявити, то договір має тлумачитися відповідно до того значення, якого *розумні особи, подібні до сторін* (англ. *reasonable persons of the same kind as the parties*; франц. *personne raisonnable de même qualité placée*), надавали б договору за тих самих обставин (п. 2 ст. 4.1).

Таке ж правило закріплене у ст. 5:101 «Принципів європейського контрактного права» (англ. the Principles of European Contract Law [PECL])²⁰.

Висновки. Здійснений аналіз допоміг виявити як специфічні, так і загальні риси образу добросовісного суб'єкта права в різних культурно-правових традиціях. Спільним для всіх підходів є те, що еталоном суб'єктної добросовісності є такі три характеристики: людина здорового глузду; обачна людина; хазяйновита людина. Однак найбільш універсальним є критерій здорового глузду. Зокрема, акти міжнародного торгового права демонструють, що в них принципам добросовісності й чесній діловій практиці приділено особливу увагу. Передбачається, що цей принцип має імперативний характер, тобто його дотримання є загальним обов'язком кожної зі сторін договірних відносин, котрі «не мають права виключити або обмежити цей обов'язок».

Отже, необхідно підсумувати: в сучасному праві не тільки проголошується необхідність дотримання критеріїв добросовісного суб'єкта, а й здійснюється переважне закріплення принципу добросовісності.

¹ Zimmerman R. The Law of Obligations/ Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1996. P. 711.

² Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения) / пер. с чешск. Москва: Юрид. лит., 1989. С. 408.

³ Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь. 3-е изд., испр. Москва: Русский язык, 1986. С. 338.

⁴ Дигесты Юстиниана: в 7 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Москва: Статут. Т. II. 2002. С. 575–577.

⁵ Там само. Т. IV. С. 244–247.

⁶ Гайдулін О.О. Римське приватне право: автодидактичний комплекс. Київ: ППП, 2003. С. 68.

⁷ Дигесты Юстиниана: в 7 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Москва: Статут. Т. VII. II. 2002. С. 500–501.

⁸ Там само. Т. II. С. 392–393.

⁹ Там само. Т. I. С. 114–115.

¹⁰ Там само. Т. VII. II. С. 558–559.

¹¹ Там само. Т. IV. С. 264–265.

¹² Там само. Т. VI. II. С. 264–265.

¹³ Там само. Т. VI. С. 190–191.

¹⁴ Там само. Т. IV. С. 244–247.

¹⁵ Keen Maurice Hugh. *Origins of the English Gentleman: Heraldry, Chivalry and Gentility in Medieval England, c.1300-c.1500. Stroud: Tempus, 2002. 192 pp. P. 9.*

¹⁶ Гайдунін О.О. *Філософія права. Європейські парадигми праворозуміння: підруч. для вищ. військ. навч. закл.* Київ: НУОУ імені Івана Черняхівського, 2019. С. 44–45.

¹⁷ Phillips Walter Alison. "Gentleman". In Chisholm, Hugh (ed.). *Encyclopædia Britannica. 1911 (11th ed.). Cambridge University Press. P. 605.*

¹⁸ Reid Thomas. *The Works. ed. William Hamilton, 7th ed., 2 vols. Vol 1. Edinburgh: Maclachlan and Stewart, 1872. P. 421.*

¹⁹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_118&c=1#Card

²⁰ The Principles of European Contract Law. Parts I, II and III. Prepared by the Commission on European Contract Law. URL: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

Резюме

Шаркова І.М. Образ добросовісного суб'єкта права в історії правової культури: виокремлення універсальних критеріїв.

Стаття присвячена проблемі визначення статусу добросовісного суб'єкта права. Для більш глибокого з'ясування проблеми здійснено аналіз образу добросовісного суб'єкта права в Стародавньому Римі. Спеціально досліджено поняття джентльмена в англійській правовій традиції. Зокрема, було встановлено, що в сучасному міжнародному торговому праві джентльмен – це, по суті, пересічна «людина розумна», носій здорового розуму. Це дало можливість зробити висновок про те, що сучасний образ добросовісного суб'єкта найбільшою мірою актуалізує критерій здорового глузду.

Ключові слова: правова культура, принцип добросовісності, добросовісний суб'єкт, здоровий глузд, розумна людина.

Резюме

Шаркова І.М. Образ добросовестного субъекта права в истории правовой культуры: определение универсальных критериев.

Статья посвящена проблеме определения статуса добросовестного субъекта права. Для более глубокого выяснения проблемы осуществлен анализ образа добросовестного субъекта права в Древнем Риме. Специально исследовано понятие джентльмена в английской правовой традиции. В частности, было установлено, что в современном международном торговом праве джентльмен – это, по сути, обычный «человек разумный», носитель здравого ума. Это позволило сделать вывод о том, что современный образ добросовестного субъекта в наибольшей степени актуализирует критерий здравого смысла.

Ключевые слова: юридическое образование, право и справедливость, юриспруденция, общие принципы права, добросовестность, злоупотребление правом.

Summary

Iryna Sharkova. Image of Good Faith Subjects of Law in Legal Cultural History: Definition of Universal Standards.

The article is devoted to the problem of Good Faith Subjects' status in law. For a better understanding of the problem, image of good faith subjects of law in Ancient Rome was analyzed. In particular, it was found that in roman law, the term *bonus pater familias* (good family father) refers to a standard of good faith subjects of law. In the English version, this concept was translated as «that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs».

The concept of a gentleman in the English legal tradition is specially studied.

English noun 'gentleman' dates back to the Old French word 'gentilz hom' (graceful, refined man). That was why the social category of gentleman is considered as "the nearest, contemporary English equivalent of the noblesse of France." (Maurice Hugh Keen).

Now, a gentleman is not just any man of good and courteous conduct, but a certain person having legal personality in accordance with the standard of common law.

In conformity with the dimension of public law, the English social category of gentleman captures a right of certain classe of the British nobility.

But in accordance with modern private law the connotation of the term gentleman corresponds to the Rome legal institute of *bonus pater familias*.

The double origin of this term from the status of a knight and the social position of the merchant causes a controversial interpretations of its meaning.

In contemporary usage, the word gentleman is ambiguously defined, because "to behave like a gentleman" communicates as little praise or as much criticism as the speaker means to imply; thus, "to spend money like a gentleman" is criticism, but "to conduct a business like a gentleman" is praise (Walter Alison Phillips).

In modern International Trade Law a gentleman is essentially a 'man of sense', 'a man of judgment' or a reasonable person.

So United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract and the Principles of European Contract Law provided a rule, which offers an opportunity for such an interpretation. 'the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances'.

It led to the conclusion that the modern image of a good faith subject to the greatest extent actualizes the criterion of common sense.

Key words: legal culture, good faith principle, good faith subject, common sense, reasonable person.

М.Р. ДЗІКОВСЬКИЙ

*Максим Романович Дзіковський, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0003-3082-1902

СУДОВА СИСТЕМА АВСТРІЇ ЗА КОНСТИТУЦІЄЮ 1867 РОКУ

Постановка проблеми. Сучасні напрацювання історико-правової науки дають змогу творчо переосмислити нагромаджений в Україні правовий досвід у сфері організації судочинства, а відтак визначити пріоритети подальшого розвитку судової системи. З цих теоретичних і практичних міркувань цікавим є вивчення тематики історії судів і судочинства в Україні. Одним із малодосліджених напрямів є історико-правовий досвід діяльності судової системи Австро-Угорщини 1867–1918 рр., яка функціонувала і на західноукраїнських землях (Східна Галичина, Північна Буковина, Закарпаття).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Деякі питання утворення та функціонування судової системи Австрії висвітлювали у своїх працях Б. Тищик, І. Бойко, В. Кондратюк, П. Едер, Н. Гриб та ін.

Формування мети статті (постановка завдання). Проаналізувати процес утворення та функціонування судової системи Австрії за Конституцією Австрії 1867 р.

Виклад основного матеріалу. Конституція Австрії 1867 р. містила положення щодо реформування судової системи Австрії. Вже у Конституції Австрії 1849 р. передбачалось відокремлення судової влади від виконавчої і законодавчої та проголошувалась її незалежність. Ця ідея знайшла закріплення в Основному законі від 21 грудня 1867 р. про судову владу.

Аналіз положень конституційного закону про судову владу Австрії від 21 грудня 1867 р. дає підстави говорити, що в Австрії відбулося остаточне відокремлення судових органів від адміністративних. Згідно зі ст. цього закону, судова й адміністративна функції відокремлювались на всіх стадіях судочинства, а у ст. 11 передбачалось створення суду присяжних.

Система загальних судів була триступеневою: одноособові повітові суди, колегіальні окружні (крайові суди), колегіальні вищі крайові суди. При цьому у Галичині, на відміну від інших коронних країв, було створено два вищі крайові суди – у Львові та Кракові¹. До того ж, до територіальної підсудності вищого крайового суду у Львові належала також Буковина. Хоча його створено ще 23 лютого 1855 р.², однак він залишався діючим судовим органом навіть після прийняття австрійської конституції 1867 р.³

Судді призначались пожиттєво імператором або від його імені відповідними посадовими особами. Під час призначення вони складали службу присягу та присягу неухильно дотримуватись конституційних законів. Усі рішення виносились від імені імператора⁴. Суддею міг бути австрійський громадянин чоловічої статі, який мав вищу юридичну освіту і стаж практичної роботи не менше, ніж три роки, успішно склав письмовий та усний іспити. Комісії із приймання іспитів створював щорічно міністр юстиції при кожному вищому крайовому суді. До їхнього складу входили професори юридичних факультетів і кваліфіковані практичні працівники⁵. Таким чином забезпечувалась фаховість суддівських кадрів.

При прийнятті рішень судді визнавались вільними та незалежними. З цією метою законом передбачалась обмеження щодо відповідальності суддів. Так, конституційним законом передбачалось, що суддя може бути усунутий від справи лише у випадку передбаченому законом та на підставі судового рішення. Одночасно він може бути звільнений з посади за наказом голови суду чи вищого органу судової влади, за умови термінової передачі справи на розгляд компетентного суду. Заборонялися переведення та відставка суддів всупереч їхній волі, окрім випадків та порядку, передбачених у законі. Якщо суддя допустив судову помилку, на нього можна було подати цивільний позов. Судді не мали права приймати рішення щодо правомірності законів, а лише щодо адміністративних розпоряджень⁶.

1908 р. у Східній Галичині 63,8 % суддів за національністю були поляками і 31,8 % – українцями. Але останніх допускали до роботи переважно в судах нижчих інстанцій, що обмежувало право українського населення Галичини на рівний доступ до державних посад, закріплене у конституції 1867 р.⁷

Головною причиною обмеження доступу українців до суддівських посад могло бути негативне ставлення до них з боку керівництва крайових судових органів, яке складалося переважно з поляків. Хоча суддю затверджували у Відні, однак його кандидатуру пропонував голова крайового суду. Окрім цього, судді повинні були періодично проходити кваліфікаційну комісію, яку також формував та висновок якої затверджував голова крайового суду. Як наслідок, якщо голова суду керувався шовіністичними переконаннями, то отримати посаду судді представнику української національності було досить складно⁸.

© М.Р. Дзіковський, 2020

* *Maksym Dzikovskiy, Postgraduate student of Ivan Franko National University of Lviv*

Вищою судовою інстанцією в Австрії був Верховний судовий і касаційний трибунал у Відні (Державний трибунал)⁹. Порядок формування та компетенція цього суду визначались Основним законом від 21 грудня 1867 р. про створення Державного трибуналу. Згідно з § 1 цього закону, Державний трибунал створюється з метою вирішення спорів між владою і спірних питань публічного права, які виникають у королівствах і землях, представлених у Рейхсраті.

Державний трибунал приймав остаточне рішення у спорах:

- між судовою і урядовою владою з приводу того, чи належить дана справа до підвідомчості судової або урядової влади у випадках, передбачених законом;
- між представниками будь-якої області і вищою урядовою владою щодо спору про право видавати адміністративні розпорядження;
- між місцевою та незалежною владою різних областей у справах, що належать до сфери їхнього управління;
- претензії королівств та областей до держави і навпаки;
- претензії королівств і областей одне до одного;
- претензії громад, корпорацій та приватних осіб до королівств, областей та держави в цілому, якщо такі претензії непідсудні загальним судам;
- скарги громадян з приводу порушення будь-якого з гарантованих конституцією публічних прав, після того як справу було розглянуто відповідно до закону в адміністративному порядку.

Прийняття рішення стосовно того, підсудна справа імперському суду чи ні – належало до його виключної компетенції. Якщо ж Державний трибунал вирішував, що справа належить до компетенції іншого суду чи державного органу, той не мав права відмовлятися від її розгляду.

Державний трибунал складався з президента і віце-президента, яких цісар призначав пожиттєво. До складу трибуналу входило 12 членів і чотири заступники, котрі також пожиттєво призначалися цісарем, але з числа кандидатів (по три фахові особи на кожне місце), обраних в однаковій кількості кожною з палат Рейхсрату). Порядок формування складу Державного трибуналу відрізнявся від загальноприйнятого в монархії принципу призначення на судові посади. Підставою для надання парламенту права впливати на формування особового складу Трибуналу була та обставина, що до його повноважень не входило виконання звичайних судових функцій, оскільки він займався виключно справами політичного характеру. Можливість участі у його формуванні як законодавчої, так і виконавчої влади, а також пожиттєве обіймання посад його членами вважались в той час гарантіями незалежності та безсторонності суду в розгляді справ про громадянські права¹⁰.

Посада у Державному трибуналі була почесною. Президент, постійні референти та заступники зобов'язувались проживати у Відні. Інші члени отримували добові та відшкодування вартості подорожі. Лише референтам Трибуналу виплачувалась щорічна винагорода в розмірі 300 гульденів. Вони обирались як постійні члени на три роки. Перед призначенням на посаду члени Трибуналу приймали присягу. Президент приймав таку присягу безпосередньо перед цісарем¹¹.

Радником двору при цьому суді певний час був українець Омелян (Еміль) Лопушанський – очільник кафедри цивільного процесу Львівського університету, згодом – суддя¹².

Зазвичай сесії Державного трибуналу відбувались раз на три місяці, а про їх початок повідомлялось в урядових часописах. У разі потреби за пропозицією президента скликались позачергові сесії. Трибунал, як правило, працював у складі президента та дванадцяти членів, хоча для того, щоб рішення вважалося правомочним, потрібною була присутність хоча б восьми членів (не враховуючи президента). Президент брав участь у прийнятті рішення лише у тому випадку, коли голоси розділились порівну. Віце-президент Трибуналу мав право участі у кожному засіданні, але без права голосу.

Державний трибунал порушував провадження у справі лише за поданням заінтересованої особи. Скаржник повинен був долучити до скарги адміністративне рішення, яким, на його думку, порушено громадянські права. Скарга мала містити детальний опис посадової особи, організації чи органу держави, яким допущено порушення. Трибунал приймав скаргу до розгляду у разі дотримання наступних умов: 1) справа повинна була провадитись відповідно до визначеної законом адміністративної процедури; 2) строк подання скарги становив 14 днів від отримання адміністративного рішення останньої інстанції. Тому подання також повинно було містити докази дотримання зазначених вимог. Скарга підписувалась адвокатом. Подання скарги до трибуналу не зупиняло дію оскаржуваного адміністративного рішення.

Державний трибунал розглядав лише ті справи, які стосувались порушень політичних прав допущених органами виконавчої влади або місцевого самоврядування. Трибунал відхиляв скарги на рішення та дії законодавчих органів, суду або приватних осіб¹³. Як наслідок, законодавчі акти, що приймалися крайовими сеймами (у тому числі й Галицьким) могли обмежувати визначені у конституції загальні права, а Державний трибунал не мав достатньо компетенції, щоб усунути такі обмеження.

Розгляд справи Трибуналом здійснювався усно на відкритих засіданнях. В окремих випадках проводився закритий розгляд справи, але тоді кожна із сторін могла вимагати допущення до розгляду справи трьох довірених осіб. Сторони могли захищати свої права особисто або за допомогою адвоката. Якщо скаржник не з'являвся на засідання та не пояснював причини неявки, вважалося, що він відмовився від своїх вимог.

Розгляд справи розпочинався з доповіді референта. Керував засіданням президент Державного трибуналу. Його обов'язком було ретельне дослідження обставин справи. З цією метою він міг вимагати виклику

свідків або експертів. Члени Державного трибуналу мали право задавати запитання сторонам, свідкам та експертам. Таке ж право мали й сторони.

Рішення оголошувалось іменем цісаря. У ньому повинні були зазначатись прізвища усіх членів трибуналу, котрі брали участь у справі та підписувались головою та секретарем засідання.

Основними рисами судового процесу, що провадився Державним трибуналом у справах про порушення політичних прав, були наступні:

- порушення справи виключно на підставі скарги;
- 14-денний термін подання скарги;
- відкритий та усний судовий розгляд;
- принцип безпосередності;
- принцип вільної оцінки доказів;
- прийняття рішення у складі 12 осіб¹⁴.

Хоча згідно з Основним законом про загальні права громадян носієм політичних прав був громадянин, тобто фізична особа, члени Державного Трибуналу вирішили, що суб'єктом подання скарги може бути не лише громадянин, а й група громадян чи територіальна громада (як юридична особа)¹⁵.

Поза загальною судовою системою знаходився створений у 1867 р. імператорський суд, який розглядав спори між австрійськими країнами і справи з питань публічного права. Цей суд складався з президента, його заступника, 12 суддів і чотирьох їх заступників. Усі вони призначались імператором довічно за поданням рейхстагу¹⁶.

У конституції 1867 р. було передбачено також створення Вишого Адміністративного трибуналу. Його повноваження, відповідно до положень конституції, повинні були визначатись окремим законом. Робота над проектом цього закону розпочалася ще у 1867 р., однак вона була відкладена на підставі рішення уряду до 1871 р. Проект закону про вищий адміністративний суд (Адміністративний трибунал) був підготований за ініціативою міністра «без портфеля» Ю. Унтера та одного із керівників секції Міністерства релігійних переконань та освіти Австрії – К. Лемаєра. Проект був готовий вже у 1872 р., однак на розгляд парламенту він надійшов лише у 1873 р. У березні 1875 р. проект був затверджений Рейхсратом, а 22 жовтня 1875 р. – санкціонований імператором¹⁷.

Згідно із зазначеним законом, до складу Адміністративного трибуналу входили перший і другий (з 1894 р.) президенти, президенти судових сенатів та радники. Їх призначав на посади цісар за поданням Ради Міністрів. Звільнення з посади могло відбутись лише на підставах, передбачених законом та згідно з рішенням дисциплінарного суду, що складався з президента (або його заступника), чотирьох радників та двох їхніх заступників¹⁸.

Відповідно до § 5 закону про Адміністративний трибунал скарга приймалась судом до розгляду лише за умови, якщо справа пройшла через усі передбачені законодавством адміністративні інстанції. Винятком міг бути такий випадок, коли самі адміністративні органи порушили інстанційний порядок розгляду справи. В усіх інших випадках скарга залишалась без розгляду. Скарга до Адміністративного трибуналу повинна була подаватись протягом 60 днів від вручення відповідній стороні рішення останньої адміністративної інстанції¹⁹.

У 1914 р. було поставлене питання про заснування в Галичині крайового адміністративного трибуналу. На розгляд крайового сейму було подано навіть регламент Трибуналу, який визначав його склад, компетенцію і порядок діяльності. Однак через початок Першої світової війни він так і не був створений. Особливе місце у судовій системі Австрії посів Верховний маршалківський суд на чолі з великим придворним маршалком, який розглядав справи, пов'язані з членами панівної династії за винятком імператора. Другою інстанцією для нього був Вищий крайовий суд у Відні, а останньою – Верховний судовий і касаційний трибунал²⁰.

Важливе місце у системі австрійського судочинства продовжували займати повітові суди. Ідея створення широкої мережі таких судів почала впроваджуватись ще до прийняття конституції 1867 р. Зокрема, 2 листопада 1859 р. видано розпорядження міністра юстиції про збільшення кількості повітових судів у містах і містечках краю, які не були повітовими центрами²¹.

Повітові суди розглядали всі цивільні справи, за винятком тих, які належали до підсудності вищих судів. Із кримінальних справ їм були підсудні справи про злочини, зокрема про неповагу до влади, до державного герба, прапора, гімну. Повітові суди були судами першої інстанції і діяли у складі одноособового повітового судді або колегії у складі трьох суддів. Кожний повітовий суд мав цивільний і кримінальні відділи. Рішення суду в цивільних справах виконував езекуційний відділ. Станом на 1901 р. у Галичині було 185 повітових судів, які обслуговували 6240 гмін (громад). Один повітовий суд припадав на 34 гміни з населенням 39435 осіб. Проте цієї кількості судів було недостатньо, судді були перевантажені справами і це негативно позначалося на ефективності судочинства²².

Із 1870 р. у Східній Галичині діяв один крайовий суд у Львові та п'ять окружних судів: у Перемишлі, Станіславі, Самборі, Тернополі і Золочеві. Окрім цього, на території, підсудній Львівському крайовому суду, було три, а на території згаданих окружних судів – по одному міському делегатському суду. Крайовий суд, до підсудності якого належала територія Західної Галичини, знаходився у м. Кракові (Краківський крайовий суд).

Крайові суди розглядали складні цивільні справи в першій інстанції, виступали як суди другої інстанції щодо справ, вирішених повітовими одноособовими і повітовими колегіальними судами. Вони діяли як коле-

гіальні судові органи. До колегії входили президент суду (голова) і президенти сенатів. Очолював крайовий суд президент. До складу крайового суду входили президенти сенатів (колегій), радники й технічні працівники.

Крайові та окружні суди розглядали також сімейні спори, опікунські справи, справи про визнання особи померлою, про встановлення прав, усиновлення, торговельні та вексельні спори. Кримінальні справи розглядалися даними судами з участю присяжних засідателів, які виносили вердикт про винність, а судді призначали міру покарання. Львівський крайовий суд мав два відділи: цивільний і кримінальний. Після судової реформи 1867р. до нього було приєднано Крайову табулю і спеціальних присяжних-експертів майна, землемірів і геометрів, а також сенат із торгових справ.

Як вже згадувалось, на початку ХХ ст. в Галичині існували два вищі крайові суди – у Львові та Кракові. Вони були другою інстанцією для окружних і третьою для повітових судів у цивільних справах. До складу Львівського вищого крайового суду входило десять окружних судів (Бережанський, Золочівський, Коломийський, Перемишльський, Самбірський, Станіславський, Стрийський, Сяноцький, Тернопільський і Чортківський), а до складу Краківського – п'ять (Вадовицький, Жешувський, Ново-Сандецький, Тарновський і Ясловський). До складу Краківського вищого крайового суду входило п'ять окружних судів (Вадовицький, Жешувський, Ново-Сандецький, Тарновський і Ясловський)

До 1918 р. Львівський вищий крайовий суд поділявся на сім сенатів, які розглядали справи, що надходили з окружних судів. Сенат очолював голова, який мав двох заступників. Окрім цього до нього також входило чотири члени Сенату, які мали по одному заступнику. До компетенції голови належали переважно кадрові питання, а його заступник розглядав справи про дисциплінарні проступки підпорядкованих суддів. У складі Сенату діяла канцелярія, яку очолював директор²³.

Крім загальних судів в Австрії і на західноукраїнських землях були ще спеціальні суди (військові, промислові, торговельні та ін.). Для військовослужбовців існували окремі військові суди трьох інстанцій – військовий суд, Вищий військовий суд і Верховний військовий трибунал²⁴.

Висновки. У статті досліджено судову систему Австрії, сформовану на основі основного конституційного закону Австрії від 27 грудня 1867 р. «Про судову владу», вимоги, що ставились до осіб, які хотіли стати суддею. Висвітлюються функції та повноваження Верховного судового і касаційного трибуналу у Відні (Державного Трибуналу), що був найвищою судовою інстанцією в Австрії. Проаналізовано компетенцію справ, в яких Державний Трибунал приймав рішення як суд першої інстанції та порядок їх розгляду. Висвітлюється порядок формування складу Державного Трибуналу.

Поряд із Державним Трибуналом в Австрії функціонував Адміністративний Трибунал, створений на основі закону, прийнятого Австрійським парламентом у 1875 р. Проаналізовано структуру, повноваження та функції Вищих крайових судів, окружних судів та повітових судів. Висвітлено особливості функціонування судової системи Австрії у Галичині в 1867–1918 рр.

¹ Едер П. Організація та діяльність Вищого крайового суду у Львові (1855–1918 рр.) монографія. Львів 2016. 236 с. С. 66.

² Історія держави і права України : підручник: у 2 т. / за ред. В.Я. Тація, А.Й. Рогожина, В.Д. Гончаренка. Т. 1 / кол. авт. : В.Д. Гончаренко, А.Й. Рогожин, О.Д. Святоцький та ін. Київ : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 248.

³ Baltl H. Österreichische Rechtsgeschichte / Herman Baltl, Gernot Koch-er. Wien : Leykam, 1995. S. 213.

⁴ Staatsgrundgesetz vom 21. Desember 1867 über die richterliche Gewalt (Основний закон від 21 грудня 1867 р. про судову владу). *Die Verfassungen in Europa 1789–1949* / Dieter Gosewinkel, Johannes Masing. München : Verlag C.H. Beck, 2006. S. 1520–1521.

⁵ Кондратюк О.В. Судова система та судочинство в Галичині у складі Австро-Угорщини (1867–1918 рр.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів : СПДФО «Марусич», 2006. С. 15.

⁶ Staatsgrundgesetz vom 21. Desember 1867 über die richterliche Gewalt (Основний закон від 21 грудня 1867 р. про судову владу). *Die Verfassungen in Europa 1789–1949* / Dieter Gosewinkel, Johannes Masing. München : Verlag C.H. Beck, 2006. S. 1520.

⁷ Baltl H. Österreichische Rechtsgeschichte / Herman Baltl, Gernot Kocher. Wien : Leykam, 1995. S. 220.

⁸ Андрусак Т.Г. Судді-українці Австро-Угорської імперії та їх внесок у розвиток української правової думки. *Судова влада в Україні і світі: історія, сучасність, перспективи розвитку* : матеріали XXV Міжнародної історико-правової конференції (м. Саки, 16–18 вересня 2011 р.). Київ ; Сімферополь : СМД, 2011. С. 113.

⁹ Baltl H. Österreichische Rechtsgeschichte / Herman Baltl, Gernot Kocher. Wien : Leykam, 1995. S. 225.

¹⁰ Hye von Glunck A. Sammlung der nach gepflogener öffentlicher Verhandlung geschöpften Erkenntnisse des k.k. österreichischen Reichsgerichtes. T. 1 / A. Hye von Glunck. Wien, 1874. Nr 1.

¹¹ Lehne F. Rechtsschutz im öffentlichen Rechts : Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof. Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Wien, 1975. T. II. S. 689.

¹² Андрусак Т.Г. Судді-українці Австро-Угорської імперії та їх внесок у розвиток української правової думки. *Судова влада в Україні і світі: історія, сучасність, перспективи розвитку* : матеріали XXV Міжнародної історико-правової конференції (м. Саки, 16–18 вересня 2011 р.). Київ ; Сімферополь : СМД, 2011. С. 116.

¹³ Staatsgrundgesetz vom 21. Desember 1867 über die Einsetzung eines Reichsgerichtes (Основний закон від 21 грудня 1867 р. про створення Державного трибуналу). *Die Verfassungen in Europa 1789–1949* / Dieter Gosewinkel, Johannes Masing. München : Verlag C.H. Beck, 2006. S. 1519 ; Dziadzio A. Monarchia konstytucyjna w Austrii (1867–1914). Władza-Obywatel-Prawo / Andrzej Dziadzio. Kraków : Księgarnia Akademicka, 2001. S. 66.

¹⁴ Staatsgrundgesetz vom 21. Desember 1867 über die Einsetzung eines Reichsgerichtes (Основний закон від 21 грудня 1867 р. про створення Державного трибуналу). *Die Verfassungen in Europa 1789–1949* / Dieter Gosewinkel, Johannes Masing. München : Verlag C.H. Beck, 2006. S. 1518 ; Dziadzio A. Monarchia konstytucyjna w Austrii (1867–1914). Władza-Obywatel-Prawo. Kraków : Księgarnia Akademicka, 2001. S. 66–68.

- ¹⁵ Stourzh G. Die Gleichberechtigung der Nationalitäten in der Verfassung und Verwaltung Österreichs 1848–1918. Wien, 1985. S. 68.
- ¹⁶ Едер П. Організація та діяльність Вишого крайового суду у Львові (1855–1918 pp.) монографія. Львів 2016. С. 71.
- ¹⁷ Dziadzio A. Monarchia konstytucyjna w Austrii (1867–1914). Władza-Obywatel-Prawo. Kraków : Księgarnia Akademicka, 2001. S. 150.
- ¹⁸ Die Verfassungen in Europa 1789–1949 / Dieter Gosewinkel, Johannes Masing. München : Verlag C.H. Beck, 2006. S. 1518–1519 ; Dziadzio A. Monarchia konstytucyjna w Austrii (1867–1914). Władza-Obywatel-Prawo. Kraków : Księgarnia Akademicka, 2001. S. 161.
- ¹⁹ Raban C. О trybнале адміністративному. *Правник*. Львів, 1873. Rok IV. N 20. S. 87–88.
- ²⁰ Едер П. Організація та діяльність Вишого крайового суду у Львові (1855–1918 pp.) монографія. Львів 2016. С. 71.
- ²¹ Baltl H. Österreichische Rechtsgeschichte / Herman Baltl, Gernot Kocher. Wien : Leykam, 1995. S.220 ; Криштанович М. Державне управління процесом становлення та розвитку судових органів на українських землях у складі Австрійської імперії. *Ефективність державного управління* : зб. наук. праць. 2009. Вип. 20. С. 156.
- ²² Baltl H. Österreichische Rechtsgeschichte / Herman Baltl, Gernot Kocher. Wien : Leykam, 1995. S. 229 ; Кондратюк О.В. Судова система та судочинство в Галичині у складі Австро-Угорщини (1867–1918 pp.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів : СПДФО «Марусич», 2006. С. 12.
- ²³ Судова влада в Україні : Історичні витоки, закономірності, особливості розвитку / за ред. І.Б. Усенка. Київ, Наукова думка, 2014. 501 с. С. 278.
- ²⁴ Кондратюк О. Вищий крайовий суд в Галичині в складі Австро-Угорщини. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні* : матеріали XI регіональної наук.-практ. конференції (3–4 лютого 2005 р.). Львів : Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. С. 95.

Резюме

Дзіковський М.Р. Судова система Австрії за Конституцією 1867 року.

У статті висвітлюється процес створення та функціонування судової системи Австрії 1867 р. Проаналізовано вимоги, що ставились до осіб, які бажали обійняти посади судді. Показано порядок формування Державного Трибуналу Австрії, який виконував функції найвищої судової інстанції, Адміністративного Трибуналу Австрії, Вищих крайових судів, крайових судів, окружних та повітових судів. Показано особливості функціонування судової системи Австрії у Галичині.

Ключові слова: Конституція Австрії 1867 р., судова система, Державний Трибунал, Адміністративний Трибунал, крайові суди, окружні суди.

Резюме

Дзіковський М.Р. Судебная система Австрии по Конституции 1867 года.

В статье освещается процесс создания и функционирования судебной системы Австрии по конституции 1867 г. Проанализированы требования, которые предъявлялись к лицам, желавшим занять должности судьи. Показано порядок формирования Государственного Трибунала Австрии, который выполнял функции высшей судебной инстанции, Административного Трибунала Австрии, Высших краевых судов, краевых судов, окружных и уездных судов. Показаны особенности функционирования судебной системы Австрии в Галичине.

Ключевые слова: Конституция Австрии 1867 г., Судебная система, Государственный Трибунал, Административный трибунал, краевые суды, окружные суды.

Summary

Maksym Dzikovskiy. Austrian judicial system of 1867.

The article examines the Austrian judicial system formed on the basis of the Basic Constitutional Law of Austria on Judicial Power of December 27, 1867, requirements for individuals who wanted to become judges.

The judge could be any male Austrian citizen who had a university degree in law and practical experience of at least three years, successfully passed the written and oral exams. Examination commissions were set up annually by the Minister of Justice at each higher regional court. They included law professors and skilled practitioners. Thus, the professionalism of judges was ensured.

Judges were appointed for life by the emperor or relevant officials on his behalf. At the time of their appointment, they took an official oath and an oath to strictly abide by the constitution and laws of Austria-Hungary. All decisions were made on behalf of the emperor. Judges were recognized as free and independent in their decisions. In 1908, in Eastern Galicia, 63.8 % of judges were of Polish nationality and 31.8 % were Ukrainians. From 1870 in Eastern Galicia there was one higher legal court in Lviv and 5 district judges, and from the beginning of the XX century 10 district judges.

The functions and powers of the Supreme Judicial and Cassation Tribunal in Vienna (the State Tribunal), which was the highest court in Austria, are highlighted. The competence of cases in which the State Tribunal made decisions as a court of first instance and the procedure for their consideration are analyzed. The procedure of formation of the composition of the State Tribunal is covered.

Along with the State Tribunal, the Administrative Tribunal was functioning in Austria, created on the basis of the law adopted by the Austrian Parliament in 1875. The structure, powers and functions of the High Regional Courts, District Courts and County Courts are analyzed. The peculiarities of the functioning of the Austrian judicial system in Galicia in 1867–1918 are highlighted.

Key words: the Austrian Constitution of 1867, the judicial system, the State Tribunal, regional courts, district courts.

О.В. ЛЕСИК

Оксана Володимирівна Лесик, аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка*

ORCID: 0000-0003-4512-2338

СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН У ПОЛЬЩІ (1919–1921 РР.)

Постановка проблеми. У сучасних умовах значний науково-практичний інтерес становить вивчення та узагальнення історичного досвіду правового регулювання земельних відносин в Західній Україні у складі Польщі (1921–1939 рр.), що сприятиме розумінню й висвітленню основ історичного розвитку правового регулювання земельних відносин в Україні. Особливу увагу привертає історико-правовий аналіз становлення правового регулювання земельних відносин в Польщі (1919–1921 рр.).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Деякі питання становлення правового регулювання земельних відносин на території Західної України у складі Республіки Польща були висвітлені у працях В. Босчко, О. Паславської, С. Злупко, З. Баран, С. Виздик та інших.

Формулювання мети статті. Дослідження і узагальнення цієї історико-правової проблеми дасть можливість використати набуті знання та правовий досвід для з'ясування витоків демократичних традицій національного земельного законодавства.

Вивчення цієї історико-правової спадщини сприятиме глибшому розумінню захисту права власності та особливостей його правового регулювання, підвищенню ефективності функціонування інституту права власності на сучасному етапі утвердження Української держави. Важливість здійснення цього історико-правового дослідження полягає у доведеності безперервності розвитку правового регулювання земельних відносин в Україні.

Виклад основного матеріалу. З часу свого утворення восени 1918 р. Польська держава опинилася перед викликом вирішення низки важливих внутрішніх проблем. Зважаючи на аграрний характер земель, які склали відроджену державу, нагальною вважалася земельна реформа, покликана юридично врегулювати земельні відносини і створити підґрунтя для економічного розвитку¹. Важливість вирішення цього питання була викликана потребою уніфікувати аграрне законодавство, оскільки до складу Польської держави після Першої світової війни були включені землі, котрі до того перебували в складі різних імперій і, відповідно, на їх території діяло німецьке, австрійське чи російське законодавство. Зважаючи на суспільні настрої, польський політикум не зупинила і правова невизначеність статусу Галичини, суверенні права на яку Рада Послів країн Антанти визнала за Польщею щойно 14 березня 1923 р.²

Сільськогосподарська система Польщі демонструвала величезний спектр економічних форм господарювання і незадовільний стан селянської власності, яке функціонувало за принципом «Мацек виростив – Мацек з'їв» (образний вислів польського політика Ю. Мархлевського)³. Як правило, усі пропозиції аграрних реформ на західноукраїнських землях до Першої світової війни виходили від великих землевласників, які обстоювали свої приватні інтереси без врахування загальнодержавних потреб⁴. У 1918 р. професор Львівського університету Францішек Буякписав, що «аграрна реформа – це відбудова основ національного існування, яка може тривати сотні років і матиме надзвичайно сильний вплив на існування впродовж усього періоду»⁵.

Аграрна структура сільського господарства Західної України у складі Польщі відповідала ситуації, характерній для економік країн, де існувала проблема т.зв. земельного голоду⁶. За даними перепису 1921 р., група господарств площею до 5 га становила 64,6 % від загальної кількості господарств, у тому числі 14,8 % від загальної площі земель; тоді як господарства площею понад 50 га (їх кількість була 0,9 %) становили 47,3 % всієї землі в Польщі; у південних воєводствах до 87,1 % усіх господарств займали площу до 5 га. У Західній Україні існувало понад 538 тис. карликових господарств (до 2 га), або 48 % з усіх господарств і майже 33 % дрібних господарств (розміром 3–5 га)⁷. Існування надто дрібних господарств було не меншою проблемою, ніж надміру великих. Виходом із цієї ситуації розглядалася комасація (іншими словами, ліквідація черезсмужжя), здатна надати імпульс аграрному поступові всієї держави⁸.

Під впливом поширення селянського руху, учасники якого були незадоволені зволіканням із вирішенням аграрних проблем, стали виникати політичні партії, котрі наріжним каменем своєї діяльності ставили вирішення селянського питання. За цих обставин польський уряд Ігнація Дашинського оголосив про націоналізацію великої та середньої земельної власності. Йшлося про вилучення земельних угідь найбільших латифундистів того часу, як, наприклад, Замойських (191 тис. га) і Радзивіллів (177 тис. га). У Галичині таки-

ми латифундистами були Лянцкоронські, котрі володіли землями у Комарнівському, Ягольницькому, Монастирському, Водзіславському, Борщівському, Струсівському, Роздільському та інших ключах (під ключем розуміємо одиницю територіально-господарського поділу приватних маєтків)⁹. Такі дії великі землевласники вважали популістськими і прагнули поставити ситуацію у правове русло. Втім, негайне ухвалення єдиного законодавства було відкладене як внаслідок внутрішньополітичних (розходження у тлумаченні змін), так і зовнішньополітичних обставин (українсько-польська війна 1918–1919 рр., а згодом і польсько-радянська війна 1920 р.)¹⁰.

Першим документом, що проголошував земельну реформу в Польщі, був маніфест Тимчасового народного уряду Республіки Польща (Люблінського уряду) від 11 листопада 1918 р. Цей маніфест, серед іншого, проголосив внесення на розгляд Законодавчого сейму проекту примусової експропріації та скасування великої і середньої земельної власності та передачу її селянам¹¹. Однак термін діяльності Люблінського уряду був коротким, а листопадовий маніфест залишався історичною, на практиці безрезультатною, декларацією польських демократів, лібералів і лівих¹². Ці політичні сили продовжували курс на становлення капіталістичних відносин у селі, що розпочалося ще у XIX ст. внаслідок аграрної політики держав, у складі яких перебували польські, українські та білоруські землі¹³.

Практично усі політичні партії Польщі по війні у своїх програмах декларували демократичні зміни і реформування аграрного сектора. А все тому, як зазначав д-р Ян Гупка, що «земельна справа у нас не лише господарські відносини, але й суспільно-політичні»¹⁴. Так, Національна демократія (ендеки), програма якої базувалась на засадах націоналістичної ідеології, виступала за формування парламентської демократії, важливою складовою якої мав бути принцип рівності всіх громадян держави. Лідером ендеків був Роман Дмовський, а сама партія користувалась особливою популярністю на колишніх пруських територіях та у Варшаві. Меншою популярністю користувалась Християнська демократія (хадеки), провідником якої був Войцех Корфанті. Партія пропагувала тісний зв'язок між державою й церквою, відтак католицька церква підтримувала саме правницю. У селянському русі провідне місце займали Польське стронніцтво людове «Визволене» (лідер Станіслав Туггут). Ці партії виступали за встановлення парламентської демократії на основі однопалатного сейму з широкими повноваженнями¹⁵. Вони вимагали відокремлення церкви від держави, визнавали приватну власність як основу суспільно-економічного устрою країни. Серед робітничих партій провідне місце займала Польська соціалістична партія (далі – ППС), котра сповідувала соціал-демократичну ідеологію (лідер Ігнацій Дашинський). За час, коли в Польщі діяли уряди, на які визначальний вплив мала ППС, у державі було встановлено республікансько-демократичну форму правління, проведено вибори, скликано Законодавчий сейм, прийнято виборчий закон, що ґрунтувався на демократичних принципах¹⁶.

Найбільше голосів на парламентських виборах 26 січня 1919 р. здобули ендеки, ПСЛ-«Визволене» і ППС¹⁷. Українці Галичини бойкотували вибори, як і німці на колишніх пруських територіях. Повної ясності щодо політичного розмежування в Законодавчому сеймі не було, і така ситуація тривала впродовж усього часу його діяльності. Спочатку в Законодавчому сеймі було створено 10 політичних клубів, а вже перед самим розпуском тут нараховувалось 17 фракцій¹⁸. Маршалком Сейму був обраний ендек Войцех Тромпчинський, який важко знаходив порозуміння із селянськими послами¹⁹. Під тиском селянського невдоволення та селянських політичних партій уряд І. Падеревського в червні 1919 р. змушений був внести на розгляд сейму проект земельної реформи. Навколо цього проекту у сеймі точилась дискусія між основними політичними угрупованнями. Врешті, 10 липня 1919 р. переважно голосами депутатів соціал-реформістських партій сейм ухвалив компромісний проект «Основ земельної реформи», запропонований правою селянською партією ПСЛ «П'яст». У цій резолюції було викладено принципи майбутньої аграрної політики, зокрема зазначено, що «державна повинна бути регулятором земельних відносин»; землі підлягатимуть «випусти згідно з законом... за ціною, визначеною тим законом»; реформа здійснюватиметься державою²⁰. У резолюції зазначалося, що «сільськогосподарська система Республіки Польща повинна базуватися насамперед на потужних, здорових і здатних до інтенсивного виробництва селянських ферм, заснованих на принципі приватної власності, різних типів і розмірів»²¹. Таке окреслення засад земельної реформи викликало опір з боку правих партій і урядові пропозиції вдалося ухвалити з перевагою лише в один голос²².

Для відновленої Польської держави Закон про аграрну реформу від 10 липня 1919 р. став першим важливим кроком у напрямі вирішення аграрного питання. Втім, цей документ мав значною мірою декларативний характер, тому його навіть не публікували в урядовому пресовому органі «*Dziennikustaw Rzeczypospolitej Polskiej*», а відтак він де-факто не набрав зобов'язальної сили²³. На думку дослідника Віталія Виздрика, з якою важко не погодитися, ухвалений документ лише встановлював напрям земельної реформи, але не регулював земельних відносин з юридичної точки зору²⁴. При цьому положення документа визначали загальні принципи аграрної системи Польської держави, які планувалось реалізовувати й на західноукраїнських землях, хоча їх державно-правовий статус на той час ще остаточно не визначався.

Постанова сейму не була загальнообов'язковим законом, але містила *delegiferenda* законодавчих норм. Максимальна власність на землю встановлена на рівні 60–180 га, залежно від місцевих умов, при цьому верхня межа була підвищена до 400 га у Східних прикордонних районах та на деяких колишніх пруських землях (ст. 2)²⁵. Надлишок, що перевищував максимальний розмір, мав бути примусово вилучений; державні органи повинні були здійснити експропріацію та розподіл землі. Площа новостворених та реформованих господарств не мала перевищувати 25 га²⁶. Більше того, резолюція стосувалася передачі державі лісів без

обмежень на територію, за винятком комунальних лісів та невеликих приватних лісів²⁷. Така увага до лісового господарства була зумовлена тим фактом, що після відновлення в 1918 р. незалежності ліс займав 23 % території країни (більшу частину становили лісові масиви в Галичині). У перші роки після Першої світової війни майже всю площу лісів у Польщі становили приватні ліси, з найбільшою часткою великих лісів (понад 500 га) та селянських лісів (менше 50 га). Наприклад, одним із великих власників лісових угідь у Галичині була родина Лянцкоронських²⁸. Лісові ресурси були однією з основних видів сировини, на яку було звернено увагу в умовах господарських труднощів. Згідно з тодішніми підрахунками, Польща мала стільки лісових ресурсів, що їх було б достатньо не тільки для задоволення внутрішнього попиту, а й для експорту²⁹.

Як не дивно, ухвалення повноцінного закону, який регулював земельні відносини на селі, стало можливим в умовах найскладнішого для Польщі періоду війни з Радянською Росією. У липні 1920 р., коли Червона армія підійшла до Варшави, то польський сейм поспіхом ухвалив земельний закон (*Ustawa o wykonaniu reformy rolnej*), в основу якого були покладені положення «Основ земельної реформи» 1919 року. Стаття 1 Закону, наприклад, безпосередньо відсилала до Сеймової ухвали 10 липня 1919 р. Парламентарі ухвалили земельний закон для того, щоби підняти патріотичні настрої селянства і залучити його до активної участі у захисті Польської держави від зовнішнього ворога. Закон був прийнятий одногосно, без будь-яких обговорень, після короткого виступу доповідача, який представив основні його положення³⁰.

Керівництво Польщі не скупилися на соціальні обіцянки і, зокрема, з земельного питання. Тому закон 1920 р. був сформульований радикальніше, ніж сеймова ухвала 1919 р. і передусім на користь учасників/ветеранів війни. Разом із тим нормативні принципи закону мало чим відрізнялися від раніше обговорюваної резолюції парламенту (викуп надлишку понад 180 га, ціна примусового викупу встановлена на рівні 50 % від ринкової ціни)³¹. В основному це стосується домовленостей щодо виплати компенсації орендодавцю за експропрійовану землю. Закон передбачав виплату компенсації у розмірі половини середньої ринкової ціни, тобто компенсації у розмірі половини його вартості (це обурювало багатьох великих власників)³². І це питання було найбільш суперечливим, особливо після набрання чинності Конституції Республіки Польща від 17 березня 1921 р.³³

Отже, «Закон про виконання земельної реформи», прийнятий 15 липня 1920 р., складався з трьох частин: 1) земельний запас (ст. ст. 1–5); 2) примусовий викуп і ціна викупу (ст. ст. 6–22); 3) парцеляція (ст. ст. 23–37). Під законом поставили свої підписи маршалек Сейму Войцех Трампчинський, прем'єр-міністр і водночас міністр фінансів Владислав Грабський, президент головного земського уряду Т. Вільконський, аграрний міністр Ф. Буяк, міністр юстиції Й. Моравський, міністр оборони Й. Лесневський і міністр праці та соціальної опіки Ф. Турович³⁴.

Закон 1920 р. передбачав: 1) збільшення кількості землі, що підлягала відчуженню і призначалась на парцеляцію й осадництво; 2) поділ усіх державних та придбаних державою земель у її колишніх власників; 3) компенсацію за поміщицькі і церковні землі, що перевищували максимальну норму, у розмірі половини від їхньої середньоринкової ціни (ст. 13)³⁵; 4) примусовий викуп рухомого і нерухомого сільськогосподарського інвентаря (доречно відзначити, що сільськогосподарські споруди викуплялися за ціною станом на 1 серпня 1914 р., тобто на початок Першої світової війни; власник кількох маєтків мав право залишити за собою не більше одного маєтку – ст. ст. 2 і 14); 5) можливість отримання позики на придбання землі в розмірі до 75 % від вартості ділянки; 6) надання землі в першу чергу несільськогосподарським і дрібним фермерам, з пріоритетом для інвалідів війни та працівників фермерських господарств (ст. 29); 7) перехід державного парцеляційного фонду в розпорядження Головного земельного управління – спеціального органу для реалізації земельної реформи (ст. 4); 8) позбавлення права на землю селян, які ухилялися від військової служби та / або брали участь в окупації земель сільськогосподарського призначення³⁶ (це, фактично, стосувалося українців Галичини, котрі виступили проти польської влади).

Згідно з положеннями Закону 15 липня 1920 р. до диспозиції уряду належали: державні землі (скарбові і донаційні). Крім того, у підпорядкування держави передавалися угіддя, які раніше належали правлячій династіїм Габсбургам, Романовим, Гогенцоллернам, а також землі російського Селянського банку та пруської Колонізаційної комісії³⁷. Закон прописував вилучення і церковних земель (єпископських, кляшторських, капітульних), але після погодження з Апостольською столицею – Ватиканом. Примусовому вилученню підлягали землі, набуті впродовж 1 серпня 1914 – 14 вересня 1919 р. особами, для котрих рільництво не було основним заняттям; землі, котрі протягом зазначеного часу більше, ніж двічі, змінювали своїх власників; землі, набуті в результаті лихварських махінацій³⁸.

Питання викупу земель регулювала ст. 7 «Закону про виконання земельної реформи», в якій йшлося, що перед тим як приступити до викупу землі, яка перебувала в приватній власності, господареві надавався 30-денний термін, щоби він міг добровільно продати землю державі; після завершення цього терміну, якщо господар відмовлявся, держава мала право примусового викупу. Примусовим викупом мала займатися Окружна земельна комісія (ст. 9), котра на відкритому засіданні визначала суму викупу. Така комісія складалася з делегатів окружного уряду, Міністерства сільського господарства і державних земель та експертів (ст. 12). Якщо за певною ділянкою були зафіксовані попередні борги, то комісія зобов'язувалася звернутися до суду, щоби в судовому порядку урегулювати це питання (ст. 20)³⁹. В окремих випадках продажем землі могло займатися Аграрне товариство у Львові, якому надавалися відповідні повноваження. Здебільшого, такі права делегували великі землевласники, які мали багато маєтків і фізично не могли займатися одночасним продажем декількох ділянок⁴⁰.

Примусовому викупу підлягали: 1) землі, «несправедливо» розподілені до відродження Польської держави (як ми розуміємо, тут йдеться і про землі, які почав розподіляти уряд ЗУНР внаслідок ухвалення власної реформи); 2) самовільно розparcelьовані землі без дозволу компетентних органів; 3) землі, набуті у період з 1 серпня 1914 р. по 14 вересня 1919 р. особами, для яких сільське господарство не було професійним заняттям; 4) землі, присвоєні з метою лихварських зисків; 5) землі, які за час війни більше, ніж двічі, змінили свого власника, за винятком, якщо це стосувалося смерті власника або передання ділянки для прокладання дороги; 6) землі, необхідні для життєзабезпечення міст та осередків промисловості; 7) покинуті й необроблювані землі⁴¹.

Примусовому викупу підлягали угіддя понад 60 га загальної площі, розташовані неподалік міст та промислових осередків. Ґрунти, розташовані навколо промислово-фабричних зон, або ж прилегли у радіусі 15 км до Варшави, залишалися у розпорядженні міст для їхнього економічного розвитку (ст. 26)⁴². Граничний розмір земель, які підлягали примусовому вилученню на сході Польщі, становив 400 га, тоді як на решті території – 180 га. Власники понаднормових угідь володіли правом збереження одного забудованого фільварку, на якій господар чи його родина провадили господарство⁴³. Вилучення чи викуп земель мав відбуватися згідно із встановленим законодавством порядком. Ці землі переходили у відання Міністерства рільництва і державних маєтків безпосередньо або в розпорядження спеціальних земельних комісій на окремих територіях. Ці комісії склалися з представників місцевої влади, Міністерства рільництва і державних маєтків, Міністерства фінансів⁴⁴.

Примусовий викуп приватних земель здійснювала Окружна земельна комісія, на території якої розташовувалися землі, що підлягали вилученню. Юридичною підставою для викупу слугувала ухвала Окружної комісії, санкціонована місцевим урядом⁴⁵. Перед тим, як приступити до викупу, власника повідомляли про це і він зобов'язувався упродовж 30 днів пристати на пропозицію продати належні йому землі. Ціну землі затверджував місцевий уряд з огляду на місце розташування землі і її сільськогосподарську цінність. У випадку, якщо власник протягом 30 днів не пристав на пропозицію продажу землі, наставав етап примусового викупу, про що видавалося спеціальне розпорядження⁴⁶.

На публічному засіданні Окружна земельна комісія, за присутності експертів, зобов'язувалася встановити суму викупу ділянки. Власник землі наділявся правом бути присутнім на засіданні комісії і навіть вносити власні пропозиції. Ціна викупу нерухомості мала становити половину ринкової ціни за подібні землі в конкретному окрузі (тобто власник апріорі втрачав від несвоєчасного продажу землі). Господарські будівлі, зведені після 1 серпня 1914 р., підлягали викупові за ціну, рівнозначну на час будівництва. Житлові будинки мали залишатися в розпорядженні власників, які могли робити з ними все на свій розсуд. Окремо оцінювалися меліораційні роботи, виконані з початком Першої світової війни, за що держава зобов'язувалася компенсувати власникам витрати по ціні, чинній на час проведення робіт. Інвентар (живий і нерухомий) не підлягав примусовому викупу⁴⁷.

Власник, у якого вилучалася земля, обтяжена боргами, зобов'язувався сплатити всі борги перед продажем землі державі. У разі, якщо власник не сплатив боргів, Окружна земельна комісія мала право оцінити ділянку меншою сумою, передбачаючи частину вартості угіддя на сплату існуючих боргів⁴⁸.

Закон 1920 р. передбачав проведення парцеляції земель, відповідальність за яку перекладалася на місцеву владу (ст. 23). Ідея парцеляції не була новою і предметно розглядалася на західноукраїнських землях з кінця XIX ст., передбачаючи добровільний перерозподіл фільваркових земель на користь середніх і дрібних селян-власників⁴⁹. Насправді питання парцеляції перебувало у фактичній компетенції центральної влади.

Уже 17 грудня 1920 р. у Польщі ухвалили два закони, які стали правовою основою військового осадництва. Вони передбачали, зокрема, заселення військовими колоністами земель Волинського воєводства і передачу в безоплатне користування до 45 га землі колишнім воякам, котрі відзначилися в польсько-українській та польсько-радянській війнах. Ці новостворені господарства не можна було ні продавати, ні передавати іншим особам без дозволу уряду упродовж найближчих 25 років⁵⁰. На нашу думку, це робилося з наміром уникнути перепродажу земель і, як наслідок, спроб отримати додаткову вигоду в розвитку аграрного сектора.

Згідно із законом «Про проведення земельної реформи» від 17 грудня 1920 р. держава повинна була викупити у поміщиків земельні площі, які на східних окраїнах держави були більшими за 400 га, а якщо поміщицькі землі знаходились поблизу міст, то викупу підлягали площі, що перевищували 180 га⁵¹. Малоземельним та безземельним селянам надавалось право отримати кредит, що з огляду на непросту економічну ситуацію було важливим аспектом підтримки потенційних землевласників, але, разом із тим, було достатньо ризикованим кроком⁵².

Вжиті восени-взимку 1920 р. кроки щодо імплементації «Закону про виконання земельної реформи» безпосередньо залежали від політичної кон'юнктури, а тому вже наступного року – після ухвалення в березні 1921 р. Конституції, з'ясувалося, що вони суперечать окремими статтям основного закону держави. Таким чином, реалізація реформи була паралізована, і це питання стало дражливою темою у переговорах між ключовими політичними партіями у наступні чотири роки, коли вдалося переглянути деякі положення Закону 1920 р.

На початку 1921 р. завершився розгляд конституційного проекту у другому читанні, котрий був скерований до спеціальної Конституційної комісії для редакційного опрацювання. 17 березня 1921 р. парламент ухвалив Конституцію Польщі. Польща проголошувалась демократичною парламентською республікою з парламентсько-президентським устроєм. Головний закон держави передбачив також принцип відповідаль-

ного уряду (парламентаризм), оскільки відносини між органами законодавчої і виконавчої влади будувалися на основі урядової відповідальності перед парламентом⁵³. Устрій держави за Конституцією 1921 р. значною мірою виходив з правової концепції людовців і соціалістів.

Варто наголосити, що і Закон 1920 р., і Конституція 1921 р. були прийняті, коли українці та білоруси не мали свого представництва у сеймі II Речі Посполитої і не могли обстоювати власні інтереси. Уряд знехтував численними протестами українців та представників інших національних меншин і взяв курс на задоволення земельних інтересів титульної нації, передусім ветеранів Першої світової і радянсько-польської воєн⁵⁴. Професор, а пізніше і профільний міністр сільського господарства, Ф. Буяк наголошував, що «закон про аграрну реформу [1920 р.] не підходить до умов Східної Малопольщі» (тобто Галичини), а його проведення там вважалося б таким, що суперечить міжнародним постановам⁵⁵. Разом із тим економічна політика міжвоєнної Польщі мала на меті важливі соціальні та політичні питання, зокрема полягали у зміні кількісних відносин українського та польського населення на користь останнього. Уряд прагнув вирішити проблему аграрного перенаселення на польській етнічній території і посилити економічний та політичний вплив держави на західноукраїнські землі⁵⁶.

Земельний закон порушував гарантоване Конституцією право приватної власності. Великі землевласники звернулися до Конституційного трибуналу, який підтвердив суперечність положень законів 1919 і 1920 рр. основному закону країни⁵⁷. Саме цей момент було використано консервативними елементами, що боролися з аграрною реформою у такому вигляді (крім того, було наведено аргумент про те, що принцип неповної компенсації суперечить ст. 99 березневої Конституції), водночас, використовуючи тривалу процедуру, результатом стало «блокування» земельної реформи⁵⁸.

Законодавчі ініціативи 1919–1920 рр. у сфері регулювання земельних відносин фактично стали кроком у напрямі заборони українським селянам купувати землю безпосередньо у великих землевласників (так найменш було в австрійський період). І хоч формально дозволялося купувати землю з дозволу Земельного уряду, такі дозволи отримували передусім польські колоністи, тоді як українські селяни залишилися по суті обмеженими у своїх правах⁵⁹.

Висновки. Отже, у результаті ухвалення земельного Закону 1920 р. і березневої Конституції 1921 р. завершилася перша фаза становлення Польської держави, під час чого було закладено низку невідповідностей, що стояли на заваді вирішення аграрних проблем. Земельний Закон 1920 р. і Конституція 1921 р. задумувалися як важливий інтеграційний чинник усіх земель, однак на практиці ними не стали. Більше того, Закон 1920 р. значною мірою мав перехідний характер, не вирішивши багато спірних питань землекористування у Західній Україні.

¹ Боечко В. Селянство в умовах ринково-капіталістичної трансформації і суспільно-політичних потрясінь XIX – початку XX ст. *Український селянин*. 2014. Вип. 14. С. 91.

² Паславська О. Правовий статус західноукраїнських земель у складі Польщі (1918–1939 рр.): історико-правове дослідження. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 4. С. 37.

³ Злупко С. Некоторые особенности социально-экономического развития западноукраинской деревни в эпоху капитализма. *Ежегодник по аграрной истории Восточной Европы*. Вильнюс: Минтас, 1963. С. 651.

⁴ Hupka J. W sprawie reformy agrarnej: prof. Bujakowipodrozwegę. Kraków: Księg. J. Czerneckiego, 1919. S. 4.

⁵ Bujak F. O naprawie ustroju rolnego w Polsce. Warszawa; Kraków: G. Gebethner i Spółka, 1918. S. 91.

⁶ Там само. S. 17.

⁷ Pierwszy powszechny spis Rzeczypospolitej polskiej z dnia 30 września 1921 r. *Gospodarstwa wiejskie. Województwa wschodnie*. Warszawa, 1926. S. 3.

⁸ Bujak F. O Naprawa ustroju rolnego w Polsce. Warszawa; Kraków: G. Gebethner i Spółka, 1918. S. 151.

⁹ Центральний державний архів України у м. Львові (далі – ЦДАУЛ).Ф. 181 (графи Лянцкоронські). Оп. 1. Спр. 674 (Інвентарні описи рухомого і нерухомого майна графа Лянцкоронського Кароля, 1922 р.). Арк. 2–5.

¹⁰ Bład M. Reformy rolne Polski odrodzonej. URL: http://www.irwirpan.waw.pl/dir_upload/site/files/Monografia/33_Blad.pdf (дата звернення: 23.10.2020).

¹¹ Manifest Tymczasowego rządu ludowego Republiki Polskiej ogłoszony w Lublinie 11 listopada 1918 roku URL: <http://daszynski-stowarzyszenie.manifo.com/manifest-rzadu-ludowego—1918> ; http://www.irwirpan.waw.pl/dir_upload/site/files/Monografia/33_Blad.pdf (дата звернення: 02.11.2020).

¹² Prutis S. Reformy agrarne w Polsce Po Odzyskaniu Niepodległości w 1918 roku. *Studia Iuridica Agraria*. 2018. Vol. XV. S. 206.

¹³ Там само. S. 203.

¹⁴ Hupka J. W sprawie reformy agrarnej: prof. Bujakowipodrozwegę. Kraków: Księg. J. Czerneckiego, 1919. S. 3–4.

¹⁵ Ajnenkel A. Parlamentarysm II Rzeczypospolitej. Warszawa: Wiedza Powszechna, 1975. S. 103.

¹⁶ Баран З. Відродження і становлення Польської держави, 1918–1921 рр.: Текст лекцій. Львів: ЛДУ ім. І. Франка, 1995. С. 39.

¹⁷ Зашкільняк Л., Крикун М. Історія Польщі: від найдавніших часів до наших днів. Львів: ЛНУ ім. І. Франка, 2002. С. 449.

¹⁸ Ajnenkel A. Konstytucje Polski w rozwojudziejowym, 1791–1997. Warszawa: Rytm, 2001. S. 158.

¹⁹ Tomicki J. II m Rzeczypospolita: Oczekiwania i rzeczywistość. Warszawa: Młodzieżowa Agencja Wydawnicza, 1986. S. 146.

²⁰ Longchamps F. Prawo agrarne. Warszawa: Gebethner i Wolff, 1949. S. 20.

²¹ Sejm Ustawodawczy (1919–1920). Druk Sejmowy nr 839. S. 1.

²² Зашкільняк Л., Крикун М. Історія Польщі: від найдавніших часів до наших днів. Львів: ЛНУ ім. І. Франка, 2002. С. 449.

²³ Vyzdryk V., Melnyk O., Muravskiy O. Agrarian legislation of interwar Poland: specificities of its implementation in Eastern Galicia // *Skhid*. July-August 2019. No. 4(162). P. 24.

²⁴ Виздрік С. Польська аграрна реформа та її реалізація у 20-х рр. XX ст. на західноукраїнських землях. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Держава та армія*. 2013. № 752. С. 150.

- ²⁵ Sejm Ustawodawczy (1919–1920). Druk Sejmowynr 839. S. 1.
- ²⁶ Там само.
- ²⁷ Świątkowski H. Praworolne. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1966. S. 22–24.
- ²⁸ ЦДДАУЛ. Ф. 181. Оп. 1. Спр. 662 (Інвентарні описи рухомого і нерухомого майна Дирекції лісів графа Лянцкоронського Кароля у м. Комарно Комарнівського ключа 1918–1921 рр.). Арк. 8–10.
- ²⁹ Jendrzejewski B. Rolalásów i gospodarkieleśnej w rozwojukraju. URL:http://www.irwirpan.waw.pl/dir_upload/site/files/Monografia/30_Jendrzejewski.pdf (дата звернення: 21.10.2020).
- ³⁰ Świątkowski H. Praworolne. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1966. S. 24.
- ³¹ Longchamps F. Prawoagrame. Warszawa: Gebethner i Wolff, 1949. S. 20.
- ³² ЦДДАУЛ. Ф. 181. Оп. 1. Спр. 1107 (Акти оцінки, звіти та ін. документи про встановлення вартості маєтків графа Лянцкоронського Кароля у Водзіславському, Комарнівському, Роздільському та Ягольницькому ключах, 1923–1924 рр.). Арк. 31–32.
- ³³ Bład M. Reformy rolne polski odrodzonej. URL: http://www.irwirpan.waw.pl/dir_upload/site/files/Monografia/33_Blad.pdf [23.10.2020].
- ³⁴ Ustawa z dnia 15 lipca 1920 r. O'Wykonaniu Reformy Rolnej. *Dziennik Ustaw*. 1920. Poz. 462. № 70. S. 1237.
- ³⁵ Там само. S. 1233.
- ³⁶ Там само. S. 1231.
- ³⁷ Там само. S. 1230.
- ³⁸ Там само. S. 1230.
- ³⁹ Там само. S. 1234.
- ⁴⁰ ЦДДАУЛ. Ф. 181. Оп. 1. Спр. 4111 (Уповноваження, листування та ін. документи про надання Аграрному товариству у м. Львові уповноваження на продаж маєтків графа Лянцкоронського Кароля у Комарнівському ключі, 1925–1927 рр.). Арк. 5.
- ⁴¹ Ustawa z dnia 15 lipca 1920 r. O'Wykonaniu Reformy Rolnej. *Dziennik Ustaw*. 1920. Poz. 462. № 70. S. 1230.
- ⁴² Там само. S. 1235.
- ⁴³ Там само. S. 1231.
- ⁴⁴ Там само. S. 1231.
- ⁴⁵ ЦДДАУЛ. Ф. 181. Оп. 1. Спр. 500 (Плани земельних ділянок маєтків сс. Крупсько і Малехів Роздільського ключа, призначених для продажу, 1920 р.). Арк. 1–2.
- ⁴⁶ Ustawa z dnia 15 lipca 1920 r. O'Wykonaniu Reformy Rolnej. *Dziennik Ustaw*. 1920. Poz. 462. № 70. S. 1232.
- ⁴⁷ Там само. S. 1233.
- ⁴⁸ ЦДДАУЛ. Ф. 181. Оп. 1. Спр. 4126 (Листування Головної канцелярії у м. Львові з Крайовим банком про необхідність ліквідації іпотечного боргу управління маєтків Комарнівського ключа, 1924–1925 рр.). Арк. 4.
- ⁴⁹ Bujak F. O naprawa ustroju rolnego w Polsce. Warszawa; Kraków: G. Gebethner i Spółka, 1918. S. 116–117.
- ⁵⁰ Шевчук В.В. Політика «осадництва» у контексті інкорпорації Західної України до складу II Речі Посполитої у 1920–1930-х рр. *Культура і мистецтво у сучасному світі*. 2010. Вип. 11. С. 210.
- ⁵¹ Ustawa z dnia 15 lipca 1920 r. O'Wykonaniu Reformy Rolnej. *Dziennik Ustaw*. 1920. Poz. 462. № 70. S. 1235–1236.
- ⁵² Гладун М. Проведення парцеляції в Східній Галичині міжвоєнного періоду. *Вісник Львівської комерційної академії*. 2014. Вип. 12. С. 166.
- ⁵³ Бардах Ю., Леснодарский Б., Пиетрчак М. История государства и права Польши / пер. с пол. Москва: Юридическая литература, 1980. С. 427.
- ⁵⁴ Vyzdryk V., Melnyk O., Muravskiy O. Agrarian legislation of interwar Poland: specificities of its implementation in Eastern Galicia. *Skhid. July-August* 2019. No. 4(162). P. 24.
- ⁵⁵ Баран З. До питання про аграрну політику урядів міжвоєнної Польщі стосовно Західної України. URL: <http://www.ji.lviv.ua/n28texts/baran.htm> [3.11.2020].
- ⁵⁶ Вербова О. Аграрна політика Польської держави міжвоєнного періоду та українське питання. *Науковий вісник НЛТУ України*. 2008. № 18(6). С. 128.
- ⁵⁷ Зашкільняк Л., Крикун М. Історія Польщі: від найдавніших часів до наших днів. Львів: ЛНУ ім. І. Франка, 2002. С. 460.
- ⁵⁸ Prutis S. Reformy agrarne w Polsce Po Odzyskaniu Niepodległości w 1918 roku. *Studia Iuridica Agraria*. 2018. Vol. XV. S. 208.
- ⁵⁹ Корнієнко П. Трансформації земельних відносин в українському селі (IX – початок XXI ст.). Порівняльний аналіз: монографія. Тернопіль, 2015. С. 290.

Резюме

Лесик О.В. Становлення правового регулювання земельних відносин у Польщі (1919–1921 рр.).

Стаття присвячена історично-правовому аналізу проблем становлення правового регулювання земельних відносин у Польщі (1919–1921 рр.). Проаналізовано перші важливі нормативно-правові акти Польщі щодо правового регулювання земельних відносин, зокрема Земельний Закон 1920 р. і Конституцію 1921 р. Розкрито характерні риси їхнього застосування у Західній Україні (1919–1921 рр.).

Ключові слова: правові засади, правове регулювання, земельні відносини, Західна Україна, Польща.

Резюме

Лесик О.В. Становление правового регулирования земельных отношений в Польше (1919–1921 гг.).

Статья посвящена историко-правовому анализу проблем становления правового регулирования земельных отношений в Польше (1919–1921 гг.).

Проанализированы первые важные нормативно-правовые акты Польши относительно правового регулирования земельных отношений, в частности Земельный Закон 1920 г. и Конституцию 1921 г. Раскрыты характерные черты их применения в Западной Украине (1919–1921 гг.).

Ключевые слова: правовые основы, правовое регулирование, земельные отношения, Западная Украина, Польша.

Summary

Oksana Lesyk. Formation of legal regulation of land relations in Poland (1919–1921).

The article is devoted to the historical and legal analysis of the problems of formation of legal regulation of land relations in Poland (1919–1921).

The first important normative legal acts of Poland concerning the legal regulation of land relations are analyzed, in particular the Land Law of 1920 and the Constitution of 1921. It is noted that the Law on Land Reform, adopted on July 15, 1920, consisted of three parts: 1) Land stock (Articles 1-5); 2) Compulsory redemption and redemption price (Articles 6-22); 3) parcelling (Articles 23–37). The law of 1920 provided for: 1) an increase in the amount of land subject to alienation and intended for parcelling and settlement; 2) division of all state and state-acquired lands from its former owners; 3) compensation for landed and ecclesiastical lands that exceeded the maximum norm, in the amount of half of their average market price (Article 13); 4) forced redemption of movable and immovable agricultural equipment (it should be noted that agricultural buildings were purchased at a price as of August 1, 1914, ie at the beginning of the First World War; the owner of several estates had the right to keep no more than one estate – Article 2 and 14); 5) the possibility of obtaining a loan to purchase land in the amount of up to 75% of the value of the site; 6) the provision of land primarily to non-agricultural and small farmers, with priority for war invalids and farm workers (Article 29); 7) transfer of the state parcelling fund to the disposal of the Main Land Administration – a special body for the implementation of land reform (Article 4); 8) deprivation of the right to land of peasants who evaded military service and / or participated in the occupation of agricultural lands (this, in fact, applied to Ukrainians in Galicia who opposed the Polish government). It was established that the following were subject to forced redemption: 1) lands “unfairly” distributed before the revival of the Polish state (as we understand, this also refers to lands that the government of the Western Ukraine began to distribute as a result of its own reform);

2) arbitrarily parceled lands without the permission of the competent authorities; 3) land acquired in the period from August 1, 1914 to September 14, 1919 by persons for whom agriculture was not a professional occupation; 4) land appropriated for the purpose of usurious profits; 5) lands that have changed their owner more than twice during the war, except in the case of the death of the owner or the transfer of a plot for road construction; 6) land necessary for the livelihood of cities and industrial centers; 7) abandoned and uncultivated lands.

Key words: legal bases, legal regulation, land relations, Western Ukraine, Poland.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.11

УДК 340.116:321.64:321.2

В.Ю. ТАРТАСЮК

*Володимир Юрійович Тартасюк, аспірант
Національного педагогічного університету імені
М.П. Драгоманова**

ORCID: 0000-0001-9444-5702

РІЗНОМАНІТНІСТЬ ПРАВОВИХ СИСТЕМ У ТОТАЛІТАРНОМУ І ДЕМОКРАТИЧНОМУ СУСПІЛЬСТВАХ

Різноманітність правових систем в тоталітарному і демократичному суспільствах проявляється насамперед через принципову різницю цих типів режимів. Якщо у загальному сенсі під демократією вже понад два тисячоліття розуміють форму політичної організації суспільства, засновану на визнанні громадян основним джерелом влади із забезпеченням їх можливості здійснювати вплив на прийняття політичних рішень, принаймні шляхом участі у періодичних виборах, то доля наукового концепту тоталітаризму в суспільно-гуманітарних науках більш короткотермінова.

Тоталітаризм як наукове поняття виникає у другій половині ХХ ст. та пов'язаний із аналізом історичного досвіду окремих країн Європи та Азії, зокрема Італії, Німеччини, СРСР, Китаю, Камбоджі, Північної Кореї тощо. Якщо демократія як концепт має принаймні декілька вимірів: інституціональний, правовий, нормативістський, де він може бути осмислений в якості ідеально-абстрактної моделі із мінімально необхідною кількістю ознак (широкі політичні права населення, виборність правлячих та верховенство права), то пост-пріорний аналіз тоталітаризму призвів до дискусій і про джерела його виникнення, і про іманентні родові якості.

Серед найбільш відомих теоретиків, які здійснили загальнотеоретичну експлікацію цього явища, згадаємо Р. Андерсона, Х. Арена, З. Бжезинського та К. Фрідріха, Ж. Желева, Е. Ноель-Нойман, К. Попера, П. Сондола, Дж. Сороса, Ф. Хайєка. У пострадянській політичній та правовій науці аналіз тоталітаризму (та особливо радянської спадщини) здійснювали: у загальнофілософському напрямі – Б. Гаврилишин, М. Ільїн, М. Попович, О. Феоктистова, в політико-режимному аспекті – А. Калініна, О. Фісун, А. Циганков, М. Чабанна, в контексті ідеологічного впливу – В. Андрущенко, Ю. Біденко, Д. Видрін, М. Михальченко, М. Полохало, у правовій сфері – К. Бондарева, О. Данильян, П. Петровський, С. Погребняк, П. Рабінович.

© В.Ю. Тартасюк, 2020

* *Volodymyr Tartasiuk, Postgraduate student of the National Pedagogical Dragomanov University*

Метою статті є здійснення аналізу різноякісності демократичних та тоталітарних систем, визначення правових критеріїв їх розмежування.

У 1952 р., будучи визначений на міжнародному симпозіумі політологів у США як «закрита і нерухома соціокультурна і політична структура, в якій будь-яка дія – від виховання дітей до виробництва й розподілу товарів – спрямовується і контролюється з єдиного центру»¹, тоталітаризм знайшов свою ґрунтовну розробку у низці фундаментальних досліджень його ознак та факторів (К. Поппер, Х. Аренд, Зб. Бжезінський, Р. Арон, Т. Адорно), які стали класичними в політичних та філософських науках.

Зокрема, Р. Арон виділяє наступні політико-правові риси в якості головних: монопольне право певної партії на політичну діяльність; ідеологія цієї партії проголошується єдино правильною, а згодом – державною; виняткове право держави на силовий вплив та засоби переконання, державне керування засобами масової комунікації; підпорядкування більшості видів економічної та професійної діяльності державі; політизація та ідеологізація суспільства, вчинків його членів, оскільки будь-яка діяльність є державною й підпорядкованою вимогам ідеології; продовження цього є репресії (поліцейські й ідеологічні) і навіть терор². Однак, на його думку, визначаючи тоталітаризм, можна, зрозуміло, вважати головним виняткове становище партії, або одержавлення господарської діяльності, або ідеологічний терор. Але саме явище отримує завершеного вигляду лише тоді, коли всі ці ознаки об'єднані і повністю виражені².

Таке саме твердження ми можемо застосувати й до демократії – виборність представницьких органів більшістю населення стає дієвим при верховенстві права, а права людини можуть бути ефективно захищені при наявності справедливої та ефективного системи юстиції із розділеними повноваженнями.

На нашу думку, важливо не тільки провести певне розмежування не лише між демократією і тоталітаризмом, а й підкреслити нетотожність останнього авторитарному правлінню. При авторитаризмові також наявна узурпація влади, що може мати характер одноосібної тиранії, зрощення та підконтрольність її гілок, обмеження прав людини тощо. Х. Арендт наголосила на принципових розбіжностях між тоталітарним правлінням, диктатурами і тираніями. Деспотії та тиранії, на її думку, передбачають рівність умов для підвладних, але для тоталітарного правління таке зрівнювання не було достатнім, оскільки не зачіпало неполітичних суспільних зв'язків між підвладними³. Водночас тоталітарні режими призводять до руйнації таких зв'язків, атомізуючи суспільство та нівелюючи будь-які формальні або неформальні об'єднання, окрім тих, що санкціоновані та зрощені з тотальною державою.

Як зазначає вітчизняна дослідниця М. Чабанна, у авторитарній державі зазвичай є елементи громадянського суспільства, які не повністю поглинаються державою. Також на протигагу принципу заборони створення інших партій при тоталітаризмі за авторитарних режимів можлива багатопартійність, але реальної конкуренції між партіями у боротьбі за владу немає. При цьому допускаються обмежений плюралізм, існування формальної, підконтрольної владі опозиції, навіть формальна боротьба за владу. Проте діяльність такої опозиції не може загрожувати основам системи. Реальна конкуренція у боротьбі за політичну владу не допускається. Заборона суспільно-політичного плюралізму, опозиційних партій та рухів є особливою суто тоталітарних режимів. У тоталітарній державі заборонено навіть формальну опозицію³.

Визначаючи тоталітаризм як «специфічний тип сучасного режиму за часів масової демократії, який тримає населення під контролем за допомогою різноманітних засобів, особливо терору»⁴, М. Кертіс виокремив такі його ознаки: офіційна ідеологія, спрямована на побудову політичного і соціального порядку та створення нового типу особистості; монополія певної політичної сили на тотальний контроль суспільства, впровадження всеохоплюючого конформізму, терору й політичної поліції; ієрархічна однопартійна система; підміна особистих інтересів суспільними; централізація влади, недопущення опозиції та інакودумства; непідконтрольність вищої влади суспільству; контроль з боку партії та уряду над засобами масової інформації й освітньою системою для мобілізації громадян; відсутність вільних виборів; монопольний контроль над зброєю та армією; відмова громадянам у вільному виїзді за кордон; централізована планова економіка та контрольоване споживання.

Інший американський політолог Зб. Бжезінський до основної відмінної риси тоталітаризму відносить гіпертрофовану ідеологічну детермінацію права, поточного адміністративного управління та соціального життя. Він вважає, що тоталітарні системи якісно відрізняються від інших форм авторитарної влади – традиційних диктатур, або від того, що називають «тоталітарними елементами в допромислових суспільствах», чи від сучасних націоналістичних однопартійних режимів – тим, що їх ідеологія цілком відкидає попередню форму правління і дає рецепт для повної перебудови суспільства та людини; абсолютистський характер їхніх ідеологій звільнює від всяких моральних або традиційних та правових обмежень, і вони вважають себе спроможними вживати навіть найбезжалюїших заходів задля зміцнення своєї влади та досягнення своїх ідеологічних цілей⁵.

Втім, ми солідаризуємось із тими дослідниками, які розмежовуючи ці три типи режимів (авторитаризм, тоталітаризм та демократію) звертають увагу на певну подібність деяких рис. Зокрема Ю. Біденко стверджує, що і тоталітаризм, і демократія є системами, засновані на цінностях та ідеологіях (принаймні в момент свого становлення та легітимації), а також вимагають індивідуальної активності від членів суспільства щодо підтримки політичної системи задля свого сталого існування⁶.

Здатність до суспільної мобілізації також є однією з рис, які можна застосувати й до демократичних та тоталітарних суспільств, і яка доволі слабо проявляється при авторитарному правлінні. Як зазначає А. Калініна, хоча передумови тоталітаризму і є досить різноманітними, історичний досвід свідчить, що тоталітар-

ний режим, як правило, виникає в тих обставинах, коли перед країною постають виняткові завдання, для розв'язання яких необхідні надзвичайна мобілізація і концентрація зусиль усього населення, котре в масі своїй підтримує цей режим і виявляє готовність до певних жертв⁷. Сам же спосіб мобілізації (модель здійснення владою політичних рішень і залучення населення для виконання їх) за тоталітаризму, на думку А. Пехніка, може реалізовуватись інтенсивно через створення внутрішньо психологічного ентузіазму, а також екстенсивно – за допомогою репресивно-пропагандистського апарату⁸. Харизматичне лідерство як основа інтенсивної внутрішньої мобілізації за тоталітаризму має переважно індивідуалізований характер, причому навіть найближче оточення лідера значною мірою дистанційоване від нього. Демократії ж застосовують «м'яку силу» апеляції та стимулів, що діє через мережу благодійних, волонтерських, неурядових організацій, низових ініціатив, транслюється через шкільну громадянську освіту, лідерів думок, інтелектуалів, діячів культури.

Тоталітарна влада є, по суті, абсолютною, її прерогативи не обмежені ні правом, ні інституційними засобами, а в своїй діяльності вона широко використовує неправові методи впливу на суспільство. Як зазначає К. Бондарева, однією із суттєвих ознак тоталітарного режиму є характер співвідношення права з тоталітарною державою та її владою. Якщо для всіх інших політичних режимів характер співвідношення права з державою може бути охарактеризований як частковий (авторитарний режим) або суцільний (демократичний режим, однією з умов якого є панування права над державою й зумовлення спрямованості діяльності держави та методів її реалізації правом), то в умовах тоталітарного режиму право стає лише інструментом держави для нав'язування суспільству й людині своєї волі⁹.

Окрім нівелювання ролі права в цілому, у юридичній літературі знаходимо й такі загальні риси тоталітаризму як правового явища: а) заперечення цінності людини як індивіда (нівеляція прав людини, нищення незалежності судової влади та набуття правоохоронними органами каральних функцій)⁹; б) панування держави над людиною та суспільством, усепроникаючий контроль за діяльністю громадян і громадських організацій¹⁰; в) домінування в управлінні державою методів насилля та військово-поліцейського терору, безконтрольність влади з боку суспільства та концентрація всієї державної влади в одному центрі¹¹; г) переважання обов'язків у співвідношенні із правами особи, наявність феномена прав-обов'язків їхня невіддільність та взаємозалежність у правовому статусі особи замість усталеного гарантованого обсягу прав і свобод¹².

На нашу думку, здійснюючи аналіз різноманітності демократичних та тоталітарних систем, варто додати наступні правові критерії розмежування:

1. *Трактування та реалізація прав людини* як таких мають не лише різний обсяг, а й різне розуміння – якщо демократії тяжіють до пріоритету індивідуальних «природних» прав, то тоталітарні віддають перевагу закріпленню і застосуванню колективних прав (націй, класів, профспілок). При цьому відбувається не лише пріоритизація та суцільне піднесення певних верств чи колективів, але й репресії, покарання та дискримінація також носять колективно-груповий, а не індивідуальний характер.

2. *Правова та політико-ідеологічна пріоритизація певних колективів* (державних організацій, партійних структур, класу пролетаріату), так само як і декларована свобода доєднання до них, при цьому не передбачає *негативної свободи* вільного виходу з цих асоціацій або безкарної неучасті в них. Водночас негативні свободи є важливими складовими прав людини в демократичних державах (як-от свобода не брати участь в організаціях та партіях, не давати свідчень проти себе, навіть не займатись трудовою діяльністю тощо).

3. *Ревізіоністське ставлення до інституту громадянства*. У демократичній державі зазвичай всі, хто народився на її території (право землі) або від громадян (право крові), отримують її громадянство. При цьому принциповим є збереження за кожним громадянином права після повноліття відмовитися від громадянства і набути громадянства іншої держави, у той час, коли сама держава зазвичай не може позбавляти цього статусу. Принципово інакше виглядає ситуація в тоталітарній державі. Як зазначає Т. Андрусак, «тут можливі як масове позбавлення певних категорій населення громадянства і видворення їх з країни, що мало місце в націонал-соціалістичній Німеччині, так і практична неможливість відмовитися від громадянства чи набути громадянства іншої держави, як це було в Совецькому Союзі»¹³.

4. *Переважає кримінального права над цивільним та адміністративним* навіть при формальному існуванні або кодифікації таких норм. Демократичні системи мають доволі розвинуті системи адміністративного та, особливо, цивільного права (яке може бути засновано як на прецедентах, так і на складній системі законодавчо закріплених правил), мета якого насамперед – відновлення прав потерпілого та корекція поведінки порушника, в тоталітарних державах навіть адміністративні чи цивільні справи можуть містити можливість карного покарання як в індивідуальному, так і масовому застосуванні, а покарання, властиві для кримінального права, можуть застосовуватись до господарських процесів.

5. *Низька функціональна специфікація системи юстиції*, невіддільність суду від прокуратури, нерозвинутість системи спеціальних судів, політична вмотивованість правових рішень за умов тоталітарного режиму. Разом із тим у демократичних державах функції охорони правопорядку, державного звинувачення, адвокатури, суду та застосування покарань чітко розмежовані – інституційно, нормативно та процесуально, а принципи презумпції невинуватості, обґрунтування звинувачення, законності здобуття доказів та раціонального сумніву при визначенні вини є базовими при кожному з етапів демократичного правового процесу.

- ¹ Кульчицький С.В. Тоталітаризм. Енциклопедія історії України : в 10 т. Київ: Інститут історії України НАН України, 2013. Т. 10 (Т-Я). 784 с. URL: <http://www.history.org.ua/?termin=Totalitaryzm>
- ² Арон Р. Демократия и тоталитаризм. Москва, 1993. 303 с.
- ³ Чабанна М. Авторитаризм і тоталітаризм. Уявна подібність та сутнісна різниця. *Політичний менеджмент*. 2003. № 2. С. 83–92.
- ⁴ Curtis M. Totalitarianism. New Brunswick. New York: Transaction Books, 1979. 128 p.
- ⁵ Бжезинский Зб. К. Идеология и власть в советской политике. Москва: Изд-во иностранной литературы, 1963. 127 с.
- ⁶ Біденко Ю.М. Идеологічні детермінанти політичного процесу (державний та глобальний виміри) : дис. ... канд. політ. наук : 23.00.02 / Харків, 2009. 241 с.
- ⁷ Калиніна А.О. Виникнення тоталітаризму: умови формування та типологія. *Актуальні проблеми політики* : зб. наук. пр. 2014. Вип. 51. С. 264–272.
- ⁸ Пехнік А.В. Різновиди тоталітаризму: спільне й особливе. *Актуальні проблеми політики* : зб. наук. пр. 2000. Вип. 9. С. 118–122.
- ⁹ Бондарева К. Трансформації права та його інститутів у тоталітарних політичних режимах. *Юридична Україна*. 2012. № 10. С. 11–16.
- ¹⁰ Петречко З.М. Витоки ідеї поліцейської держави. *Наше право*. 2014. № 2. С. 33–37.
- ¹¹ Субота С.І. Особливості взаємодії громадянського суспільства та поліції в умовах тоталітарного політичного режиму. *Право і безпека*. 2016. № 1 (60). С. 73–80.
- ¹² Юрчак І.Р. Обов'язки особи: теоретико-правовий вимір: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Міністерство внутрішніх справ України, Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2017. 185 с.
- ¹³ Андрусак Т. Тоталітарні структури: базові характеристики. *Часопис «І»*. 2002. Число 25. URL: <http://www.ji.lviv.ua/n25texts/andrusiak.htm>

Резюме

Tartasiuk V.Yu. Rізноякісність правових систем у тоталітарному і демократичному суспільствах.

У статті подано аналіз різноякісності демократичних та тоталітарних систем, запропоновано наступні правові критерії розмежування: різне трактування та реалізація прав людини, наявність негативної свободи, ревізійні ставлення до інституту громадянства, переважання кримінального права над цивільним та адміністративним, а також низька функціональна специфікація системи юстиції у тоталітарних державах.

Ключові слова: тоталітарний режим, демократичне суспільство, держава, право, права людини.

Резюме

Tartasiuk V.Yu. Разнокачественность правовых систем в тоталитарном и демократическом обществах.

В статье представлен анализ разнокачественности демократических и тоталитарных систем, предложены следующие правовые критерии разграничения: разная трактовка и реализация прав человека, наличие негативной свободы, ревизионистское отношение к институту гражданства, преобладание уголовного права над гражданским и административным, а также низкая функциональная спецификация системы юстиции в тоталитарных государствах.

Ключевые слова: тоталитарный режим, демократическое общество, государство, право, права человека.

Summary

Volodymyr Tartasiuk. Diversity of legal systems in a totalitarian and democratic society.

The article presents an analysis of the diversity of democratic and totalitarian systems, proposes the following legal criteria for delineation: different interpretation and realization of human rights, the presence of negative freedom, revisionist attitude to the institution of citizenship, the predominance of criminal law over civil and administrative, as well as the low functional specification of the justice system in totalitarian states.

The diversity of legal systems in totalitarian and democratic societies is manifested through the fundamental difference between these types of regimes. While, in general terms, democracy is a form of political organization of society based on the recognition of citizens as the main source of power with the ability to influence political decision-making, at least through participation in periodic elections, the fate of the scientific concept of totalitarianism in the humanities is shorter.

It is important to draw a certain distinction not only between democracy and totalitarianism, but also to emphasize the latter's non-identity to authoritarian rule. In authoritarianism, there is also a usurpation of power, which may have the character of sole tyranny, the fusion and control of its branches, the restriction of human rights and the like. Despotism and tyranny provide for equal conditions for subjects, but for totalitarian rule such equalization was not sufficient since it did not affect non-political public relations between subjects. At the same time, totalitarian regimes lead to the destruction of such ties, atomizing society and leveling any formal or informal associations other than those authorized and merged with the total state.

Totalitarianism and democracy are systems based on values and ideologies (at least at the time of their formation and legitimization) and also require individual activity from members of society to support the political system for the sake of their sustainable existence.

For political regimes, the nature of the relationship of law to State can be described as a partial – authoritarian regime, or a continuous – democratic regime, one of the conditions of which is the rule of law over the State and the determination of the orientation of the State and its methods of implementation by law. Under a totalitarian regime, law becomes only an instrument of the State to impose its will on society and man.

Key words: totalitarian regime, democratic society, state, law, human rights.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.12

УДК 342.5

В.А. ШАТІЛО

*Володимир Анатолійович Шатіло, доктор юридичних наук, доцент, заслужений юрист України, завідувач кафедри Київського національного лінгвістичного університету**

ORCID: 0000-0003-3274-4744

ВПЛИВ ЗАКОНОДАВЧОГО ПРОЦЕСУ НА РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОГО МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Постановка проблеми. Як відомо, одним із основних напрямів системної модернізації конституційного законодавства є вдосконалення законодавчого процесу. При цьому варто розділяти звичайний законодавчий процес і конституційний процес (процес внесення змін до Конституції). Сучасний етап конституційного реформування в Україні (2014–2020 рр.) зумовлений необхідністю якісної модернізації конституційного механізму державної влади в контексті децентралізації державної влади та процесу європейської й євроатлантичної інтеграції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретико-методологічну основу дослідження конституційного механізму державної влади заклали праці багатьох вітчизняних учених, серед яких – Ж.О. Дзейко, І.Б. Коліушко, О.Л. Копиленко, Л.Т. Кривенко, А.Р. Крусян, Н.М. Оніщенко, О.В. Петришин, В.Ф. Погорілко, М.В. Савчин, А.О. Селіванов, В.М. Скрипнюк, О.В. Скрипнюк, І.Д. Сліденко, О.В. Совгіря, В.Л. Федоренко, О.Ф. Фрицький, С.В. Шевчук, Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик та інші.

Формулювання мети статті. Метою статті є загальна характеристика впливу законодавчого процесу на конституційний механізм державної влади. Завданням є з'ясування змісту поняття законодавчого процесу та вплив його на розвиток конституційного механізму державної влади.

Виклад основного матеріалу. Отже, для забезпечення системної організації сучасного етапу конституційного реформування варто приділити особливу увагу саме напрямам удосконалення законодавчого процесу. Одним із таких напрямів, наприклад, є необхідність проведення цілого комплексу експертиз як законопроектів, так і вже чинних законів з метою забезпечення їх ефективності, запобігання таким негативним тенденціям в процесі правового регулювання, як прогалини та колізії, корупціогенні чинники, наявність дискримінаційних норм, дублювання повноважень між органами державної влади (державними органами) тощо.

Нині в Україні існує комплекс правових норм, які визначають порядок проведення експертиз законопроектів. Відповідно до ст. 103 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України»¹ «За дорученням Голови Верховної Ради України або відповідно до розподілу обов'язків – Першого заступника Голови Верховної Ради України, заступника Голови Верховної Ради України або за рішенням головного комітету законопроект направляється на наукову, юридичну чи іншу експертизу, проведення інформаційного чи наукового дослідження; при цьому предмет і мета експертизи, пошуку, дослідження повинні бути чітко визначені».

Зареєстрований та включений до порядку денного сесії законопроект при підготовці до першого читання в обов'язковому порядку направляється для проведення наукової експертизи, а при підготовці до всіх наступних читань – для проведення юридичної експертизи та редакційного опрацювання у відповідні структурні підрозділи Апарату Верховної Ради. Остаточна юридична експертиза і редакційне опрацювання здійснюються після прийняття акта Верховною Радою України в цілому.

Зареєстровані законопроекти, які мають системний характер для окремих галузей законодавства і необхідність наукового опрацювання яких при підготовці до першого читання встановив профільний комітет,

© В.А. Шатіло, 2020

* *Volodymyr Shatilo, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of Kyiv National Linguistic University*

направляються для одержання експертних висновків до Національної академії наук України. Окремі законопроекти також можуть направлятися для одержання експертних висновків до Кабінету Міністрів України, відповідних міністерств, інших державних органів, установ і організацій або окремих фахівців.

Всі інші експертизи, визначені іншими законодавчими актами, в Законі України «Про Регламент Верховної Ради України», не згадуються, а отже, фактично порядок проведення експертиз має переважно довільний характер і розрахований на свідоме ставлення до нормотворчості суб'єктів права законодавчої ініціативи до законопроектної діяльності.

У різних нормативних актах наголошується на необхідності проведення таких експертиз, як: наукова експертиза², правова експертиза³, юридична експертиза⁴, фінансово-економічна експертиза⁵, антикорупційна експертиза⁶, антидискримінаційна експертиза⁷, гендерно-правова⁸ та експертиза на відповідність *acquis communautaire*⁹.

Отже, зазначені види експертиз нормативно-правових актів дають змогу зробити ряд висновків: по-перше, нормативна регламентація проведення експертизи законопроектів відбувається на підставі досить великого кола нормативно-правових актів різної юридичної сили; по-друге, не завжди існує затверджений порядок проведення експертиз; по-третє, не існує відповідальності за прийняття законопроектів без обов'язкового надання експертних висновків; по-четверте, не існує чіткої нормативно-правової регламентації проведення громадської та міжнародної експертиз; по-п'яте, не існує офіційно визначеного порядку та нормативно-правової регламентації проведення експертиз вже чинних нормативно-правових актів тощо.

Також варто зазначити, що деяким секретаріатам комітетів Верховної Ради України бракує достатньої кількості кваліфікованих працівників, які б надавали народним депутатам допомогу в експертному опрацюванні законопроектів. Зрештою, під час пленарних засідань рекомендації комітетів доволі часто відхиляються, навіть у випадках, коли комітет оцінює законопроект як неконституційний¹⁰.

Зазначені проблеми правової регламентації проведення експертиз законопроектів та інших нормативно-правових актів суттєво впливають на ефективність усієї системи чинного законодавства, у тому числі й на законодавчий (нормотворчий). У свою чергу, такий стан речей створює труднощі на стадії правозастосування, а також відбивається на процесі збалансованого функціонування конституційного механізму державної влади. Тому пропонуємо окреслити певні шляхи в напрямі підвищення ролі експертиз в процесі здійснення законодавчої діяльності, а саме: 1) шляхом прийняття окремого Закону України «Про проведення експертиз проектів нормативно-правових актів», де чітко визначити види, підстави та порядок проведення обов'язкових державних експертиз; 2) додати до вже існуючого переліку експертиз ще й лінгвістичну; 3) здійснити нормативну регламентацію порядку проведення громадських експертиз.

Наступним важливим напрямом вдосконалення якості нормативно-правової основи функціонування конституційного механізму державної влади є необхідність вдосконалення юридичної техніки, яка є системою засобів, прийомів та правил підготовки, вдосконалення, систематизації (упорядкування) юридичних актів. Це сприятиме побудові збалансованого, ефективного та стабільного конституційного механізму державної влади.

Юридична техніка, як зазначають Н.І. Матузов та А.В. Малько, «...покликана структурувати правовий матеріал, вдосконалити мову правових актів, зробити його більш зрозумілим, точним, грамотним. Багато в чому саме рівень юридичної техніки символізує рівень правової культури суспільства»¹¹.

Досить часто поряд із терміном «юридична техніка» використовують термін «законодавча техніка». Цей підхід може бути виправданим, якщо термін «законодавство» розглядати у його широкому розумінні, наданому Конституційним Судом України, а саме «терміном законодавство охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України»¹². Хоча такий підхід не охоплює усю систему нормативно-правових актів, таких як, наприклад, рішення органів місцевого самоврядування. Іноді також застосовують термін «нормотворча техніка» як компромісний варіант, що охоплює усі вид норм права¹³.

Ці терміни не є тотожними, однак і протиставляти їх не варто, більш доцільно говорити про законодавчу чи нормотворчу техніку як елементи юридичної техніки. Наприклад, А.Ф. Черданцев пропонує виділяти наступні види юридичної техніки: 1) законодавчу (нормотворчу); 2) техніку систематизації нормативних актів; 3) техніку обліку нормативних актів; 4) техніку індивідуальних актів¹⁴. Цей перелік іноді ще доповнюють інтерпретаційним та правозастосовним видами юридичної техніки¹⁵. З таким доповненням можна погодитись лише частково, адже вважаємо, що більш доцільно для такого поділу юридичної техніки застосовувати інший критерій, за яким юридичну техніку поділяти на правотворчу (законотворчу, нормотворчу), правозастосовну та інтерпретаційну.

Недотримання вимог юридичної техніки в тексті актів законодавства призводить до появи таких юридичних помилок, як закріплення норм, що суперечать Конституції України, відсилання до неіснуючих нормативно-правових актів, неповне закріплення обставин, що мають істотне значення для змісту і застосування конкретної норми права¹⁶.

Одне із найважливіших завдань інституту юридичної техніки полягає у тому, щоб запобігати суперечностям між термінами, що застосовуються в різних нормативних чи правозастосовних актах, між актами різ-

ної юридичної сили, а також сприяти дотриманню вимог логічності побудови нормативних актів, лінгвістичній та стилістичній правильності викладення правового матеріалу тощо.

Найбільш повну класифікацію загальних правил, прийомів, засобів та способів юридичної техніки розроблено А.Ф. Черданцевим, який пропонує об'єднувати їх у три групи: 1) правила, що належать для зовнішнього оформлення нормативних актів; 2) правила, що належать до змісту та структури нормативного акта; 3) правила та прийоми викладення норм права (мова нормативних актів); 4) правила, прийоми та способи розробки та оформлення правозастосовних, інтерпретаційних та інших актів; 5) правила, прийоми систематизації та обліку нормативно-правових актів; 6) правила, порядок та умови легалізації (офіційного оприлюднення) нормативно-правових актів¹⁷.

Найбільш загальні прийоми та правила юридичної техніки виділяє О.Ф. Скакун, а саме: 1) юридична термінологія; 2) юридичні конструкції; 3) прийоми та способи викладення правового акту (його форма)¹⁸.

Під юридичною термінологією розуміються мовні позначення (слова та словосполучення), які позначають юридичні поняття, що використовуються у нормативно-правових актах. Від правильного використання юридичних термінів багато в чому залежить і ефективність дії правових норм.

Аналіз чинного конституційного законодавства України допомагає виділити ряд недоліків в процесі застосування юридичної термінології, а саме: термінологічну неузгодженість та неупорядкованість, дублювання, синонімічність, варіативність, тавтологічність, ускладненість, пробільність та інше.

У сучасних умовах конституційно-правової модернізації та участі України в процесах глобалізації, євроінтеграції, участі в міжнародних організаціях відбувається процес розширення міжнародного (міждержавного) співробітництва, що супроводжується рецепцією міжнародно-правової термінології, іноземної лексики. Тому поступово юридична термінологія насичується транстермінами, які інколи застосовують одночасно із українськими аналогами чи взагалі відбувається некоректне їх застосування, що суттєво ускладнює процес правозастосування. Саме тому за загальним правилом вважається, що використання іноземних слів допускається лише у випадку, коли відсутній аналогічний термін в українській мові.

Серед основних вимог, що висуваються до юридичних термінів, можна назвати такі: однозначність розуміння, стилістична правильність, експресивна нейтральність, точність, ясність, загальновизнаність, мінімізація вживання іноземних термінів чи виважене й обґрунтоване їх використання тощо. Дотримання цих вимог сприятиме уніфікації та єдності термінологічної системи на всіх рівнях нормотворення.

Також слід вказати, що останнім часом в сучасній юридичній літературі звертається увага на можливість і необхідність застосування нейролінгвістичної юридичної технології, яка торкається питань вдосконалення мови правових актів, мотиваційного впливу юридичних приписів, втілених у мовній формі, на потенційних суб'єктів права. Однією з найважливіших умов використання в правотворчості цієї юридичної технології є залучення юристів-лінгвістів до роботи над вдосконаленням мови тексту відповідного нормативно-правового акта¹⁹.

Під юридичними конструкціями розуміються моделі, які є формою відображення основних властивостей суспільних відносин, що перебувають у сфері правового регулювання, складові яких утворюють певну цілісну систему, характеризуються відносною стійкістю та самостійністю, що зумовлена їх змістовним та функціональним спрямуванням, і застосовуються для створення законів та їх систематизації у формах кодифікації й консолідації²⁰.

Прийоми та способи викладення правового акта відображаються у застосуванні мовних засобів для зовнішнього вираження правового матеріалу, що іменуються правовою стилістикою. Формулювання правових норм повинні бути конкретними, чіткими, лаконічними, доступними та зрозумілими для широкого кола правозастосовувачів, лінгвістично коректними й грамотними.

Висновки. Отже, використання в механізмі юридичної техніки зазначених спеціальних правил та прийомів покликане вдосконалити нормативно-правові акти на предмет чіткості, лаконічності, доступності, ясності та лінгвістичної грамотності.

¹ Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10.02.2010 р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/paran1703#n1703>

² Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10.02.2010 р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/paran1703#n1703>

³ Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10.02.2010 р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/paran1703#n1703>; Методичні рекомендації щодо проведення правової експертизи проектів нормативно-правових актів України від 21.11.2000 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/va041323-00>

⁴ Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10.02.2010 р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/paran1703#n1703>

⁵ Про затвердження Положення про порядок роботи у Верховній Раді України із проектами законів, постанов, інших актів Верховної Ради України: розпорядження Голови Верховної Ради України від 22.05.2006 р. № 428. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/428/06-%D1%80%D0%B3>

⁶ Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2016 р. № 1700-VII. *Офіційний вісник України*. 2014. № 87. Ст. 156.

⁷ Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06.09.2012 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5207-17/paran3#n3>; Питання проведення антидискримінаційної експертизи та громадської антидискримінаційної експертизи проектів нормативно-правових актів: постанова Кабінету Міністрів України від 30.01.2013 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/61-2013-п>

⁸ Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 08.09.2005 р. № 2866-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 52. Ст. 2693.

⁹ Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: затверджено Законом України від 18.03.2004 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1629-15>

¹⁰ Доповідь та дорожня карта «Щодо підвищення внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України», підготовлена Місією Європейського парламенту з оцінки потреб під головуванням Петра Кокса. URL: <http://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20160301RES16508/20160301RES16508.pdf>

¹¹ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. Москва: Юристъ, 2004. 512 с. С. 148.

¹² У справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство»): рішення Конституційного Суду України від 09.07.1998 р. № 12-рп/98. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-98>

¹³ Биля-Сабадаш І. О. Нормотворча техніка як інструмент забезпечення системності законодавства. *Форум права*. 2010. № 1. С. 24–33. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2010_1_6

¹⁴ Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. Москва: Зерцало, 1998. Т. 2: Теория права. 640 с. С. 367–368.

¹⁵ Иванчин А.В. Уголовно-правовые конструкции и их роль в построении уголовного законодательства: дисс. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2003. 201 с. С. 27.

¹⁶ Дзейко Ж.О. Законодавча техніка в Україні: историко-теоретичне дослідження: монографія. Київ : ВПЦ «Київський університет», 2007. 360 с. С. 31.

¹⁷ Черданцев А.Ф. Теория государства и права. Москва: Юрайт, 2002. 432 с. С. 367–369.

¹⁸ Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): учебник. Харьков: Эспада, 2005. 840 с. С. 790.

¹⁹ Напалкова И.Г., Власова Г.Б. Юридическая техника в нормотворчестве: подходы и определения. *Философия права*. 2014. № 4 (66). С. 19–22. С. 19.

²⁰ Дзейко Ж.О. Поняття юридичних конструкцій як засобів юридичної техніки. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2008. № 1(75). С. 5–17.

Резюме

Шатіло В.А. Вплив законодавчого процесу на розвиток конституційного механізму державної влади.

У даній статті здійснена характеристика теоретичних основ визначення законодавчого процесу та його вплив на розвиток конституційного механізму державної влади. З'ясовано зміст і сутність поняття «законодавчий процес», а також окреслено способи впливу його складових на реалізацію державної влади.

Ключові слова: законодавчий процес, конституційний процес, законодавча експертиза, державна влада, конституційний механізм державної влади.

Резюме

Шатіло В.А. Влияние законодательного процесса на развитие конституционного механизма государственной власти.

В данной статье осуществлена характеристика теоретических основ определения законодательного процесса и его влияние на развитие конституционного механизма государственной власти. Выяснены содержание и сущность понятия «законодательный процесс», а также очерчены способы влияния его составляющих на реализацию государственной власти.

Ключевые слова: законодательный процесс, конституционный процесс, законодательная экспертиза, государственная власть, конституционный механизм государственной власти.

Summary

Volodymyr Shatilo. The influence of the legislative process on the development of the constitutional mechanism of state power.

The relevance of this study is that the current state of dynamic development of legislation and law practice, the transformation of social consciousness and legal ideology, the formation of a new democratic statehood indicate the importance of ensuring a systematic organization of the current stage of constitutional reform, therefore, special attention should be paid to the areas of improving the legislative process. One of such areas, for instance, is the need to conduct a set of expert examinations of both bills and existing laws to ensure their effectiveness, prevent such negative tendencies in legal regulation as gaps and conflicts, corruptogenic factors, the existence of discriminatory provisions, duplication of powers between public authorities, etc.

Thus the diversity of views on elucidating the impact of the legislative process on the development of the constitutional mechanism of state power does not allow scholars to reach a consensus on such impact, and therefore this issue remains quite relevant within scientific polemics.

In the process of building an effective constitutional mechanism of state power, the basic elements of the legislative process play an important role. They are enshrined at the constitutional level and are further elaborated and specified in laws and bylaws.

Emphasizing the importance and necessity of studying the role of the legislative process in state and legal practice, it is necessary to highlight the need for expert examinations (such as scientific expert examination, legal expert examination, financial and economic expert examination, anti-corruption expert examination, anti-discrimination expert examination, gender and legal expert examination) to be conducted as to the compliance with the *acquis communautaire*.

The article also notes that an important area of improving the quality of the regulatory framework for the functioning of the constitutional mechanism of state power is the need to improve legal techniques.

Key words: legislative process, constitutional process, legislative expert examination, state power, constitutional mechanism of state power.

Д.Е. АБЛЯЗОВ

*Денис Едуардович Аблязов, кандидат юридичних наук, доцент, віцепрезидент Східноєвропейського університету імені Рауфа Аблязова**

ORCID: 0000-0001-6351-4015

ПОНЯТТЯ ТА ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ НА САМОЗАХИСТ

Постановка проблеми. Конституція України, будучи Основним Законом нашої держави, є також і основним гарантом дотримання основоположних прав, свобод і законних інтересів людини. Відповідно до цього і сформульовано положення ст. 3 Конституції України, в якому зазначено: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

Окрім формального закріплення природних і невід'ємних прав людини Основний Закон також містить і норми, які гарантують дотримання цих прав. Зокрема, у ч. 1 ст. 27 зазначено, що «ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави – захищати життя людини». Це положення відповідає низці міжнародних нормативно-правових актів, учасниками яких є Україна.

Але держава не має достатню кількість ресурсів для того, щоб забезпечити захист життя і здоров'я кожної особи (громадянина чи іншої особи, яка проживає в Україні на законних підставах). У зв'язку із цим у ч. 2 ст. 27 Конституції зазначено, що «кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань». Із змісту цієї норми випливає право людини на самозахист у випадку, якщо щось реально створює загрозу заподіяння шкоди її життю, здоров'ю, життю і здоров'ю інших людей.

Крім того, право людини на самозахист закріплено і у ч. 5 ст. 55 Конституції України, а саме: «кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань». Це гарантоване Конституцією право людини може реалізуватися у різних сферах життєдіяльності, а тому це право забезпечується різними нормативно-правовими актами, які належать до різних юридичних галузей.

Але, незважаючи на те, що це право є природним, невід'ємним, має чітку правову природу і формальне закріплення у Конституції України, постає питання його теоретичного визначення. Адже, будучи Основним Законом України, Конституція не містить норм, які регламентують порядок реалізації людиною права на самозахист, правила і межі застосування певних дій з метою убезпечення свого життя, здоров'я та інших аспектів життя від протиправних посягань і, зокрема, визначення поняття вказаного права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні аспекти законодавчої регламентації та практичної реалізації права на самозахист були предметом досліджень цілої низки вчених як у галузі конституційного права, так і у інших наукових юридичних галузях. Так, зокрема, вказаний напрям був предметом дослідження таких вчених, як В.П. Грібанов, Л.П. Гурєєв, С.Є. Донцов, Л.В. Коваль, М.Ф. Медведєв, Т.К. Нінідзе, В.С. Новіков, В.І. Осадчий, Г.Я. Стоянкін, А.С. Шевченко та інших.

Окремо слід акцентувати увагу на фундаментальній роботі К.О. Гориславського, який досліджував право людини на самозахист своїх життя та здоров'я, приділивши увагу й історії становлення вказаного інституту, і праву цивільного населення на носіння зброї як додатковій гарантії реалізації права на самозахист, а також закріпленню даного права у інших галузях права.

Крім комплексного дослідження, увага приділялася і окремим аспектам реалізації права на самозахист. Наприклад, О. Буткевич досліджувала окремі аспекти права на збройний самозахист в Україні та проблеми його реалізації; Л.Л. Стецюк вивчав самозахист з точки зору захисту цивільних прав людини.

Але, незважаючи на досить велику кількість досліджень як окремих проблемних питань, так і комплексних у сфері регламентації та реалізації людиною права на самозахист, невирішеною ще й зараз залишається низка питань. Зокрема, досі відсутня єдність серед вчених щодо визначення поняття конституційного права на самозахист та відсутність його закріплення на законодавчому рівні.

Формулювання мети статті. Враховуючи зазначене вище, метою даного дослідження буде вдосконалення визначення поняття права людини на самозахист та встановлення рівня законодавчої регламентації даного інституту.

Виклад основного матеріалу. Як уже зазначалося, право людини на самозахист (передусім – свого життя та здоров'я), закріплено у Конституції України (ст. ст. 3, ч. 2 ст. 27, ч. 5 ст. 55). Також це право визначається як одне із основоположних прав людини у ряді міжнародних нормативно-правових актів, зокрема, у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. (ратифікований Україною 19 жовтня 1973 р.), Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р. (ратифікований Україною 19 жовтня 1973 р.), Загальній декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. (ратифікована Україною 17 липня 1997 р.), Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (ратифікована Україною 17 липня 1997 р.).

Таким чином, вітчизняне законодавство, зокрема Основний Закон України, в сфері закріплення права людини на самозахист цілком корелюється із нормами міжнародного права у сфері захисту та гарантування прав, свобод і законних інтересів людини. Оскільки усі нормативно-правові акти України повинні повністю відповідати положенням Конституції України, то вони також мають містити положення, які регламентують практичну реалізацію права людини на самозахист в Україні. Тому окремі питання практичної реалізації цього права закріплені і в інших нормативно-правових актах України (Кримінальному кодексі України, Цивільному кодексі України, Кодексі України про адміністративні правопорушення тощо). Отже, неможливо розглядати такий інститут права, як самозахист життя та здоров'я людини від протиправних посягань, не проаналізувавши реалізацію норм Основного Закону України в галузях національного права.

Так, при вивченні права на самозахист звертається увага на норми КК України, які визначають умови та межі правомірності реалізації такого права. Зокрема, як зазначається у юридичній літературі, право людини на самозахист закріплене у інституті обставин, що виключають злочинність діяння. Виділяють, у першу чергу, серед таких обставин необхідну оборону (ст. 36 КК України) та крайню необхідність (ст. 39 КК України) як специфічні способи реалізації людиною права на самооборону. Вказується, що дії в стані необхідної оборони та крайньої необхідності є самостійною формою реалізації права на захист життя та здоров'я, діями, які мають міжгалузеву юридичну природу, зовнішнім виглядом можуть нагадувати правопорушення та відрізняються правомірністю, позитивним суспільним змістом і користю, усувають загрозу правам та інтересам, які охороняються законом. Такі дії виключають настання для особи кримінально-правової відповідальності (ретроспективного аспекту)¹. Причому застосовувати дії у стані необхідної оборони правомірно щодо будь-якої особи, яка вчинює щодо іншої протиправні діяння (представників влади, державних органів, службових осіб різних рівнів тощо).

Крім того, потрібно підкреслити, що Цивільний кодекс України також містить норми, які регулюють питання здійснення людиною вказаного права. Так, ч. 1 ст. 1 ЦК України зазначає, що «цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників». Відповідно, до основних немайнових відносин і належать особисті природні права людини, основним з яких є право людини на життя і здоров'я. У теорії конституційного права вказується, що одним із основних способів захисту цивільних прав є самозахист за допомогою дій, які здійснюються особою, чий права порушені або можуть бути порушені². Причому основними формами такого самозахисту у цивільному праві також визнається необхідна оборона та крайня необхідність, на що й вказується у ст. ст. 991, 1169, 1170, 1171, 1206 ЦК України.

Також окремий аспект порядку здійснення самозахисту регламентується і Кодексом України про адміністративні правопорушення. Але зазначимо, що у даній галузі вітчизняного законодавства питанням самозахисту не приділено належної уваги, зокрема, уже згаданим вище інститутам необхідної оборони і крайньої необхідності. Хоча відповідні норми КУпАП містять окремі аспекти регламентації вказаних інститутів у адміністративному праві. Так, у ст. 17 КУпАП зазначається: «Особа, яка діяла в стані крайньої необхідності, необхідної оборони або яка була в стані неосудності, не підлягає адміністративній відповідальності». Також окремою нормою визначається поняття необхідної оборони у адміністративному праві. Але адміністративне законодавство не містить визначення ні поняття самозахисту, ні права на самозахист.

Таким чином, вказане вище дає підстави вважати, що право особи на самозахист достатньо чітко регламентовано у нормах вітчизняного законодавства. Але незважаючи на достатню кількість норм щодо врегулювання здійснення людиною права на самозахист, на жаль, чіткого ні законодавчого, ні теоретичного визначення даного поняття досі не розроблено, що викликає певні ускладнення щодо тлумачення права людини на самозахист і кваліфікації діянь людини, вчинених у межах реалізації вказаного права. Так само недостатньо визначеним є і власне поняття самозахисту.

Зазначимо, що законодавче визначення поняття самозахисту містить лише ЦК України: «самозахист – це застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства» (ст. 19 ЦК України). Але, на наш погляд, таке визначення не повною мірою дає відповідь на питання, що ж насправді являє собою самозахист. Очевидно, що таке визначення вимагає доопрацювання щодо деталізації, уточнення, роз'яснення термінів, що використовуються у ньому, оскільки у такому вигляді воно викликає цілу низку питань як теоретичного характеру, так і реалізації самозахисту на практиці. Так само потрібно чітко визначити й поняття людини права на самозахист, яке також не має повного і такого, що містить усі ознаки вказаного інституту.

У чому ж полягає сутність права на самозахист та яка його правова природа? Згідно із теорією про права людини, право на оборону себе від небезпеки відносять до вроджених, природних права людини, яка отримує таке право від самої матері-природи і яке виходить з самої сутності людини, з розуму, який відок-

ремлює його від усього іншого світу³. Сутність цього природного права людини – це забезпечення свого права на існування, боротьбою за таке право. А тому природність такого права зумовлює законність вчинення дій у межах самозахисту. Право на самозахист було предметом ретельного дослідження видатних філософів (Т. Гоббса, Дж. Локка, Гуго Гроція, Чезаре Беккарія тощо), які також обґрунтовували свою позицію щодо природності вказаного права. Враховуючи їх позицію, а також думки сучасних вчених, зроблено висновок, що: право на життя кожної людини є невідчужуваним, наданим самою природою правом, яке має кожна людина з початку свого народження, з самої належності до людського роду; держава повинна визнавати це право за кожною людиною, бути лише владою, яка закріплює право на життя у формі законодавчих актів; невід'ємною складовою частиною права на життя є його самозахист людиною; кожна людина має право самозахисту життя, здоров'я, незалежно від того, що ці блага охороняються та захищаються державою; самозахист є універсальною категорією, яка поєднує в собі право кожної людини власними силами боронити як власне життя та здоров'я, так і майно, житло⁴.

Ми цілком погоджуємося із зазначеним вище щодо природи права на самозахист. А тому вважаємо цілком обумовленим існування досить великої кількості міжнародних та національних нормативно-правових актів, які регламентують це природне право на законодавчому рівні. І Конституція України є найголовнішою гарантією реалізації як права на життя і здоров'я, так і права людини на самостійний захист цього права (відповідні норми вже були зазначені нами вище).

У теорії конституційного права висловлювалися думки з приводу визначення поняття як самозахисту, так і права на самозахист. Так, зокрема, самозахист визначається як: певна форма захисту, особливість якої виражається у тому, що особа як суб'єкт правовідносин безпосередньо власними діями захищає власне порушене іншими право⁵. Також під вказаним поняттям розуміють припустимі законодавством чи іншими угодами діяння спеціально уповноваженої особи, що спрямовуються на забезпечення дотримання права, припинення вчинення правопорушення і усунення наслідків такого правопорушення повністю чи частково⁶. І якщо перше приведенне визначення у цілому є правильним, хоча й неповним, то друге стосується більше правомірності виконання своїх службових обов'язків певною категорією осіб, а тому не висвітлює сутності самозахисту. Відносно правильним, хоча, знов-таки, не цілком повним, є й таке визначення: це право самостійно чи колективно здійснювати захист своїх прав та законних інтересів правомірними засобами, дозволеними чинним національним та міжнародним законодавством⁷.

Пропонується під самозахистом розуміти можливість людини самостійно захищати свої права і свободи, закріплену в Конституції України⁸, що є, на наш погляд, занадто звуженим. Більш точним, вважаємо, є визначення поняття самозахисту, запропоноване К.О. Гориславським: самозахист є природним правом кожної людини, яке визнано та закріплено як у міжнародно-правових актах, так і в Конституції та інших нормативних актах України⁹. Хоча і дане визначення не є досконалим і вимагає доопрацювання.

Поняття самозахисту визначається також і за допомогою інститутів інших галузей права, таких як необхідна оборона і крайня необхідність (кримінальне та адміністративне право). Зокрема, у адміністративному законодавстві поняття самозахисту відсутнє (як вже вказувалося), але воно пояснюється через категорію крайньої необхідності та необхідної оборони (як видів правомірної поведінки, за що особа не притягується до відповідальності). Але, виходячи із правил нормотворення і тлумачення дефініцій, визначення одного поняття через інше є неприпустимим, оскільки додатково завантажує поняття, яке вимагає тлумачення іншими категоріями, що не пояснюють його, а лише ще більше заплутують.

Незважаючи на певне різноманіття підходів до визначення поняття самозахисту в юридичній науці, практично всі дослідники сходяться на тому, що юридична природа самозахисту полягає в наступному: особистість активними діями забезпечує захист своїх прав, у рамках закону самостійно визначаючи спосіб цього захисту, без звернення до компетентних органів¹⁰.

Враховуючи все зазначене вище, ми пропонуємо власне уточнене визначення досліджуваного поняття: самозахист – це правомірні дії людини, спрямовані на захист власних основоположних прав, свобод та законних інтересів від протиправних посягань, що не суперечить моральним та юридичним нормам.

Маючи визначення юридичного поняття самозахисту, необхідно відповідним чином удосконалити і визначення поняття права на самозахист. Так, у юридичній теорії пропонується під правом на самозахист розуміти – це конституційне право кожної людини захищатися будь-якими незабороненими способами та належить кожному від народження¹¹. Також зазначається, що право на самозахист – це надана та гарантована державою міра можливої поведінки, що може виявлятися як в інтелектуальній, так і безпосередньо у фізичній діяльності особи, здійснюється з метою відстоювання природних прав людини, передбачених як внутрішньодержавними, так і міжнародними нормами і базується на засадах права та інших соціальних норм поведінки, що не суперечать загальнолюдським правилам проживання¹².

Підкреслимо, що, враховуючи вказане вище та положення чинного законодавства, сутність права на самозахист полягає у тому, що державою надається і гарантується можливість особі самостійно застосовувати щодо правопорушника будь-які заходи захисту власних прав, свобод та інтересів, регламентовані законодавством. При цьому потрібно зауважити, що право людини на самозахист є саме природним правом людини, яким особа наділена протягом усього свого життя, і це право жодним чином не може бути обмеженим або відчуженим.

Отже, якщо взяти за основу наведене вище визначення поняття самозахисту, то отримуємо можливість запропонувати уточнене визначення поняття права на самозахист. Таким чином, право на самозахист – це

невідчужуване природне право людини, яким особа наділена протягом усього життя, гарантоване Конституцією та міжнародними нормативно-правовими актами, вчинювати правомірні дії, спрямовані на захист власних основоположних прав, свобод та законних інтересів від протиправних посягань, що не суперечить моральним та юридичним нормам.

Висновки. Вказане вище дає підстави вважати, що право особи на самозахист достатньо чітко регламентовано у нормах вітчизняного законодавства.

Враховуючи все зазначене вище, ми маємо можливість дати визначення понять самозахисту та права на самозахист. Вважаємо, що поняття «самозахист» доцільно визначити як правомірні дії людини, спрямовані на захист власних основоположних прав, свобод та законних інтересів від протиправних посягань, що не суперечить моральним та юридичним нормам.

Щодо права людини на самозахист, то ним є невідчужуване природне право людини, яким особа наділена протягом всього життя, гарантоване Конституцією та міжнародними нормативно-правовими актами, вчинювати правомірні дії, спрямовані на захист власних основоположних прав, свобод та законних інтересів від протиправних посягань, що не суперечить моральним та юридичним нормам.

Визначення понять самозахисту та права людини на самозахист, встановлення норм законодавства, які регламентують дане право, абсолютно не вичерпують проблем, пов'язаних із практичною реалізацією людиною права на самозахист. Тому дане дослідження відкриває перспективу подальших пошуків у цій сфері з метою вироблення найбільш ефективного та чіткого правового механізму для гарантування людині права здійснити захист своїх конституційних права шляхом самозахисту.

¹ Гориславський К.О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Донецьк, 2003. С. 89.

² Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: учеб. пособ. Киев: А.С.К., 2001. С. 166.

³ Гориславський К.О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Донецьк, 2003. С. 14.

⁴ Там само. С. 17.

⁵ Свердлык Г., Страунинг Э. Способы самозащиты гражданских прав и их классификация. *Хозяйство и право*. 1999. № 2. С. 14–18.

⁶ Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: учеб. пособ. Киев: А.С.К., 2001. С. 15.

⁷ Журавель О.А. Право громадян на самозахист я основна гарантія їх безпеки. *Науковий вісник ДДУВС*. 2017. № 2. С. 169–176. URL: <http://er.dduvs.in.ua/bitstream/123456789/239/1/26.pdf>

⁸ Там само.

⁹ Гориславський К.О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Донецьк, 2003. С. 31.

¹⁰ Журавель О.А. Право громадян на самозахист я основна гарантія їх безпеки. *Науковий вісник ДДУВС*. 2017. № 2. С. 169–176. URL: <http://er.dduvs.in.ua/bitstream/123456789/239/1/26.pdf>

¹¹ Там само.

¹² Гориславський К.О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Донецьк, 2003. С. 7.

Резюме

Аблязов Д.Е. Поняття та законодавче забезпечення конституційного права людини на самозахист.

Захист життя та здоров'я людини – основне завдання держави, що закріплене у Конституції України. Держава не має достатньо ресурсів для своєчасного реагування на кожне посягання на життя людини, тому останній гарантується право на самозахист від протиправних посягань, що закріплене у низці національних та міжнародних нормативно-правових актів. Право людини на самозахист є одним із природних невід'ємних прав людини і може бути визначене наступним чином: право людини на самозахист – це невідчужуване природне право людини, яким особа наділена протягом всього життя, гарантоване Конституцією та міжнародними нормативно-правовими актами, вчинювати правомірні дії, спрямовані на захист власних основоположних прав, свобод та законних інтересів від протиправних посягань, що не суперечить моральним та юридичним нормам.

Ключові слова: природне право людини, право на самозахист, самозахист, необхідна оборона, крайня необхідність.

Резюме

Аблязов Д.Э. Понятие и законодательное обеспечение конституционного права человека на самозащиту.

Защита жизни и здоровья человека – основное задание государства, что закреплено в Конституции Украины. Государство не имеет достаточно ресурсов для своевременного реагирования на каждое посягательство на жизнь и здоровье человека, поэтому последним гарантируется право на самозащиту от противоправных посягательств, что закреплено в ряде национальных и международных нормативно-правовых актов. Право человека на самозащиту является одним из природных неотъемлемых прав человека и может быть определено следующим образом: право человека на самозащиту – это неотъемлемое естественное право человека, которым личность наделена на протяжении всей жизни, гарантируемое Конституцией и междуна-

родними нормативно-правовими актами, совершать правомерные действия, направленные на защиту собственных прав, свобод и законных интересов от противоправных посягательств, что не противоречит моральным и юридическим нормам.

Ключевые слова: естественное право человека, право на самозащиту, защита жизни и здоровья, самозащита, необходимая оборона, крайняя необходимость.

Summary

Denys Abliazov. Definition and legislative support of the constitutional human right to self-defense.

Protection of human life and health is the main task of the state, which is enshrined in the Constitution of Ukraine. The state does not have sufficient resources to respond in a timely manner to every encroachment on human life, so the latter is guaranteed the right to self-defense against unlawful encroachments, which is enshrined in a number of national and international regulations. But neither the Constitution nor other regulations contain rules governing the exercise of human rights to self-defense, rules and limits of certain actions to protect their lives, health and other aspects of life from unlawful encroachments, and, in particular, definition of the concept of the specified right. The purpose of this study will be to improve the definition of the concept of human right to self-defense and to establish the level of legislation of this institution.

A person's right to self-defense is quite clearly regulated in the norms of domestic legislation. The concept of "self-defense" should be defined as lawful human actions aimed at protecting one's fundamental rights, freedoms and legitimate interests from unlawful encroachments, which does not contradict moral and legal norms. The human right to self-defense is one of the natural inalienable human rights and can be defined as follows: the human right to self-defense is an inalienable natural human right to which a person is endowed throughout life, guaranteed by the Constitution and international regulations, to take legal action, aimed at protecting one's fundamental rights, freedoms and legitimate interests from unlawful encroachments, which does not contradict moral and legal norms.

The definition of the concepts of self-defense and the human right to self-defense, the establishment of legislation governing this right, do not exhaust the problems associated with the practical implementation of human rights to self-defense. Therefore, this study opens the prospect of further research in this area in order to develop the most effective and clear legal mechanism to guarantee a person the right to protect their constitutional rights through self-defense.

Key words: natural human right, the right to self-defense, protection of life and health, self-defense, necessary defense, extreme necessity.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.14

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

ФЕНОМЕН КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: АКСІОЛОГІЧНИЙ ПОТЕНЦІАЛ ТА ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ

Постановка наукової проблеми. Докорінні перетворення суспільства та держави на сучасному етапі конституційного будівництва породили низку системних протиріч у сферах політико-правового, господарсько-економічного і соціально-культурного розвитку. Серед них першочергове значення набувають питання становлення конституціоналізму, формування громадянського суспільства і правової держави, дотримання конституційної законності й правопорядку з метою забезпечення відповідності діяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб вимогам Конституції.

Втілення в життя цих завдань стало імпульсом у формуванні інноваційного напрямку у право-державознавстві – юридичної відповідальності держави і суб'єктів публічної влади перед народом, територіальними колективами і громадянами, в якому особливу актуальність і значимість набуває проблема конституційно-правової відповідальності. З її допомогою забезпечується правова охорона Конституції, підвищується ефективність її норм і приписів, посилюється вплив конституційного законодавства на суспільно-політичну практику. Конституційно-правова відповідальність виступає потужним і надійним інструментом підтримки в державі конституційного порядку, єдності конституційно-правового простору, утвердження режиму конституційної законності в правотворчій і правозастосовній діяльності органів і посадових осіб публічної влади, стаючи невід'ємною умовою зміцнення демократії.

Однак, незважаючи на нагальну потребу у створенні ефективно діючого механізму забезпечення конституційного правопорядку, вітчизняна юридична наука до теперішнього часу ще не готова надати єдину загальноприйнятту концепцію конституційно-правової відповідальності. Наочною є відсутність або слабкість

© 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*

законодавчого регулювання конституційно-деліктних відносин, особливо процедурних норм, що регламентують застосування санкцій конституційно-правової відповідальності. Як наслідок, на жаль, сьогодні важко говорити про реальність функціонування інституту конституційно-правової відповідальності та ефективність її санкцій.

У сучасних умовах навіть паростки процедурно-процесуального механізму конституційно-правової відповідальності суб'єктів публічної влади подекуди розглядаються як засіб політичної боротьби, а не як елемент підтримки конституційного правопорядку. У свою чергу, безвідповідальність і безкарність суб'єктів публічної влади не тільки продукують нові зловживання і правопорушення з їхнього боку, а й зазіхають на фундаментальні конституційні цінності, підриваючи основи конституційного ладу і дестабілізуючи суспільство.

У зв'язку з цим розвиток конституційного законодавства при відсутності чіткого правового механізму, який забезпечував би ефективне виконання всіма суб'єктами правових відносин їх конституційних обов'язків щодо дотримання Конституції і законів, дозволяє віднести проблему конституційно-правової відповідальності до числа найбільш затребуваних правовою наукою і практикою.

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, В.Ф. Погорілка, В.І. Полевого, Г.І. Салівона, О.В. Скрипнюка, Т.М. Слободяник, О.В. Совгирі, Ю.М. Тодики, В.І. Топузова, В.Л. Федоренка, А.О. Червяцовой, В.М. Шаповала та ін.

Метою статті є дослідження доктринальних проблем у розумінні конституційно-правової відповідальності в аспекті її ціннісного потенціалу та ефективності реалізації.

Виклад основного матеріалу. Сучасний етап розвитку юридичної науки характеризується посиленням уваги до доктринальних та прикладних проблем конституційно-правової відповідальності. Колосальний інтерес до цієї тематики зумовлений багатьма факторами, в тому числі завданнями та потребами забезпечення ефективного механізму охорони основоположних конституційних цінностей та зміцнення верховенства права, а також перманентними й складними процесами забезпечення конституційної законності та правопорядку, що, у свою чергу, детермінує необхідність інтенсивного розвитку та якісного удосконалення конституційного законодавства з метою оптимізації правозастосовної діяльності.

Особливий інтерес проблема конституційно-правової відповідальності в цілому та її інституціоналізації і функціонування викликає з точки зору реалізації Конституції та конституційного законодавства, формування конституціоналізму й проведення конституційної реформи в Україні. Безумовно, в чинній Конституції України вже закладені окремі процедурно-процесуальні засади, які забезпечують реалізацію конституційних положень щодо конституційно-правової відповідальності та знаходять своє продовження в законодавстві України. Водночас правозастосовна практика свідчить про те, що існує життєва потреба у підвищенні якості та кількісного збільшення процедур, які регламентують реалізацію конституційно-правового статусу суб'єктів конституційного права, у тому числі й органів, які застосовують міри конституційно-правової відповідальності, з урахуванням світового досвіду їх функціонування та особливостей вітчизняного конституційного механізму організації публічної влади.

На жаль, вітчизняна конституційно-правова наука досі не виробила чіткої позиції щодо багатьох проблем змісту та розвитку конституційно-правової відповідальності, причому не лише її процедурно-процесуального забезпечення як інструменту правового захисту Конституції, а й навіть застосування адекватних терміно-понять, які розкривають сутнісні характеристики та аксіологічний потенціал цього феномена конституційного права.

Свідченням тому є, зокрема, поширена у сучасній загальній теорії права позиція про можливість виділення у «публічно-правовій сфері регулювання» так званої «конституційно-юридичної відповідальності», передбаченої Конституцією України, за дії та бездіяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб. У доволі авторитетних виданнях стверджується, що «держава також може бути суб'єктом конституційно-юридичної відповідальності за невиконання своїх обов'язків». Як приклад наводиться «зобов'язання держави щодо виконання нею судових рішень, які винесені та невиконані державними підприємствами, установами та організаціями». Проте ці теоретики права, обґрунтовують доволі дискусійний підхід, згідно з яким «необхідно розмежовувати конституційно-юридичну і конституційно-політичну відповідальність. Остання не є різновидом юридичної відповідальності, оскільки настає за порушення не юридичних, а політичних норм, без наявності визначеного нормою права складу правопорушення. Так, різновидами заходів конституційно-політичної відповідальності є: дострокове припинення повноважень Верховної Ради України; відставка Кабінету Міністрів України тощо»¹.

У силу цього можна вважати, що 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.

Ілюстративними у цьому плані є і практика Конституційного Суду України, який у справах щодо звільнення або дострокового припинення повноважень посадових осіб державної влади використовував поняття

«конституційно-політична відповідальність»², та законодавче визначення правових і організаційних засад притягнення Президента України до *конституційної відповідальності* шляхом усунення з поста в порядку імпічменту. У даному випадку законодавець вперше на рівні окремого закону визначає, що усунення Президента України з поста в порядку імпічменту є способом притягнення Президента України до *конституційної відповідальності*³.

У силу цього нові спроби нормативно-точкового аналізу конституційно-правової відповідальності як правового феномена та інституту, а також її співвідносність з цілями і завданнями конституційно-правового захисту та потребою в належному забезпеченні конституційного правопорядку неминуче приводять дослідників до констатації помітної правової невизначеності в цій сфері конституційних правовідносин, хиткості процесуально-правових основ застосування заходів конституційно-правової відповідальності, а отже, до сумнівів щодо не тільки конструювання самого поняття цього виду юридичної відповідальності, а й усіх пов'язаних із нею правозастосовних процедур⁴.

Попри наведену невизначеність навіть на термінологічному рівні, конституційно-правова відповідальність поряд з іншими елементами механізму захисту й охорони Конституції є інститутом, спрямованим на забезпечення стабільності конституційного ладу, збалансованості прав і обов'язків учасників конституційних правовідносин. Вона передбачає можливість застосування примусових заходів з боку держави в разі вчинення конституційного делікту, що означає негативну оцінку протиправної поведінки, дисциплінує суб'єктів конституційно-правових відносин, спонукає їх до належного виконання своїх конституційних обов'язків, виконує превентивну функцію тощо.

У сучасній конституційній доктрині майже не викликає дискусій позиція, що конституційно-правова відповідальність – це насамперед відповідальність органів публічної влади та їх посадових осіб перед народом за неналежну реалізацію тих владних повноважень, які народ як єдине джерело влади їм передав, реально на гарантія проти надмірної концентрації влади та зловживання нею, дієвий правовий механізм, за допомогою якого народ здійснює свій суверенний контроль за владою в державі.

Водночас дослідження конституційно-правової відповідальності як гарантії конституційного ладу потребує вивчення питання співвідношення та взаємодії інститутів конституційно-правової відповідальності, конституційного контролю, конституційної безпеки та інших елементів механізму охорони Конституції. Без цього конституційно-відповідальна публічна влада ніколи не стане об'єктивною реальністю, враховуючи, що конституційно-правова відповідальність, як і будь-який діючий правовий інститут «... не може бути невизначеною субстанцією, так як його правове регулювання завжди конкретно», а її перехід «з фантомного стану» в формат «дієвого виду юридичної відповідальності – її негативного аспекту» можливий лише за умови зміни деяких сформованих стереотипів⁵.

Верховенство Конституції України загалом та цінностей, передбачених нею, є запорукою правомірної поведінки суб'єктів конституційних правовідносин, елементом функціонування державного механізму та способом вирішення завдань, що стоять перед суспільством у процесі конституційного розвитку (утвердження правової, демократичної, соціальної держави, забезпечення стабільності конституційного ладу та правопорядку); а також передумовою здійснення волі Українського народу⁶.

Втілення приписів Конституції України у правомірних діях суб'єктів конституційно-правових відносин і є реалізацією її принципів та норм. На думку Л.В. Бориславського, це забезпечується: а) організацією щодо виконання конституційних положень; б) безпосереднім здійсненням норм конституції шляхом їх використання, дотримання, виконання, застосування; в) застосуванням заходів заохочення, виховання та примусу; г) наглядом та контролем за дотриманням та виконанням норм права⁷.

Правоохоронна діяльність спрямована на захист конституційних цінностей, під яким у науці розуміють «сукупність юридичних, організаційних та інших засобів і способів, які використовуються державою для неухильного дотримання режиму конституційної законності, відповідності конституційним нормам і принципам всіх інших правових актів, прийнятих у державі, а також дій органів публічної влади, тобто органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб. Захист конституційних цінностей може здійснюватися різними шляхами, в тому числі й через конституційний контроль і конституційний нагляд»⁸.

Якщо конституційний контроль, зазначає О.М. Бориславська, є функцією держави щодо забезпечення верховенства її конституції, то поняття конституційної юрисдикції позначає діяльність органів державної влади щодо реалізації цієї функції (вузьке значення). Проте конституційний контроль здійснюється, по-перше, відповідними органами держави, по-друге, через повноваження таких органів, по-третє, у певній формі (судовій чи несудовій). Відтак, поняття конституційної юрисдикції у широкому значенні охоплює як сам орган, так і повноваження та діяльність щодо забезпечення верховенства конституції. Поряд із вирішенням питань щодо неконституційності правових актів, тлумаченням конституції, захистом конституційних прав та свобод, що є основними напрямками діяльності органів конституційної юрисдикції європейських держав, деякі із них виконують й інші функції (зокрема вирішення компетенційних спорів та інших спорів між федерацією та її суб'єктами, виборчих спорів, притягнення до відповідальності вищих посадових осіб держави тощо), які переважно спрямовані на забезпечення балансу у системі поділу державної влади⁹.

У силу цього особливої уваги набуває процес аксіологізації конституційно-правової відповідальності. Наприклад, О. Болсунова ціннісними засадами юридичної відповідальності називає такі аспекти: 1) юридична відповідальність займає центральне місце в системі різновидів соціальної відповідальності та націлена на

забезпечення правопорядку в суспільстві і застосування заходів негативного примусового характеру до осіб – членів суспільства, які скоїли правопорушення; 2) юридична відповідальність має правовий характер, оскільки різновиди юридичної відповідальності закріплені нормами права та реалізуються за допомогою відповідних актів правозастосування у закріпленому правом порядку; 3) юридична відповідальність має інституційну цінність, що проявляється у тому, що юридичну відповідальність можна розглядати, з одного боку, як самостійний правовий інститут, а, з іншого – як складний правовий інститут, що має власну внутрішню структуру; 4) юридична відповідальність має гносеологічну цінність, що заснована на системі поглядів, ідей та положень про негативність наслідків за порушення певних правил; 5) юридична відповідальність має державно-владну цінність, що характеризує її як таку, що походить від держави в особі її органів, які мають відповідні повноваження, що закріплені правовими нормами; 6) юридична відповідальність має каральну цінність, оскільки юридична відповідальність надає змогу засобами покарання виправити та не допустити в подальшому скоєння правопорушень тими особами, які їх скоювали у минулому; 7) юридична відповідальність має правопоновлюючу цінність, що визначає її як засіб поновити порушені права потерпілих від правопорушення суб'єктів¹⁰.

Дійсно, конституційно-правова відповідальність, будучи інструментом охорони Конституції України та конституційного правопорядку, одночасно є самоцінністю, яка розкривається в її функціональному призначенні, та засобом, що забезпечує сталість конституційного ладу¹¹.

Конституційно-правова відповідальність поряд з іншими елементами механізму захисту і охорони Конституції спрямована на забезпечення стабільності конституційного ладу, збалансованості прав та обов'язків учасників конституційних правовідносин. Вона передбачає можливість застосування примусових заходів з боку держави в разі вчинення конституційного делікту, що означає негативну оцінку протиправної поведінки, дисциплінує суб'єктів конституційно-правових відносин, спонукає їх до належного виконання своїх конституційних обов'язків, виконує превентивну функцію тощо. Саме тому конституційний контроль та конституційно-правова відповідальність у своїй синергетичній єдності стає важливим засобом забезпечення конституційної законності та правопорядку¹².

Виявлення співвідношення контролю і відповідальності допомагає ставити питання про особливий зміст контролю як гарантії конституційних норм. Конституційний контроль є специфічним інститутом забезпечення принципу верховенства конституції. Конституційний контроль виступає спеціалізованим механізмом, системою забезпечення конституції як нормативно-правового акта вищої юридичної сили, різновидом контролю відповідної функції. Таким чином конституційний контроль – це діяльність органів держави щодо реалізації принципу верховенства конституції і підтримки режиму конституційної законності за допомогою своїх специфічних методів¹³.

У цьому контексті свого втілення та особливого значення набуває загальна мета конституційно-правової відповідальності – 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 свобод¹⁴.

Звідси завдання конституційно-правової відповідальності – це те, що потрібно подолати, виконати, втілити в життя для досягнення наміченої мети не лише конституційно-правової відповідальності, а і в 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, що 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. Ефективність 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, продуктивність праці, рівень 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 простежується 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-правова відповідальність, завдяки якій досягаються результати загальносуспільного і державного значення.

Висновки. Узагальнюючи доктринальні підходи, зроблені у теорії конституційного права, можна зробити висновок, що конституційно-правовій 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, у тому числі й насамперед у синергетичній єдності із усіма механізмами захисту фундаментальних конституційних цінностей.

Від правильного розуміння сутнісних та функціонально-телеологічних характеристик конституційно-правової відповідальності як інструменту захисту конституційних цінностей залежить її функціональність та ефективність як співвідношення між результатом її впливу на конституційно-правові відносини та метою, яка ставиться перед нею. У свою чергу, ефективне застосування санкцій конституційно-правової відповідальності створює політико-правові передумови для формування системи відповідального правління, здатного мінімізувати порушення Конституції, гарантувати змінюваність та наступність публічної влади, забезпечити демократизм конституційних процесів.

¹ Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2015. С. 310–311.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частин другої, третьої статті 124 Конституції України (справа щодо підвідомчості актів про призначення або звільнення посадових осіб) від 7 травня 2002 року № 8-рп/2002. *Офіційний вебсайт Конституційного Суду України*. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/457>; Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень пункту 25 частини першої статті 85, частини першої статті 122 Конституції України від 15 листопада 2006 року № 12-у/2006. *Офіційний вебсайт Конституційного Суду України*. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/1129>

³ Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент): Закон України від 10 вересня 2019 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 40. Ст. 212.

⁴ Старілов Ю.Н. Конституционная ответственность: новый взгляд, необходимость дискуссии, поиск материальных оснований и особой процессуально-правовой формы ее применения (Рецензия на книгу: Серков П.П. Конституционная ответственность в Российской Федерации: современная теория и практика: монография. Москва: Норма, 2014. 464 с.). *Вестник Воронежского государственного университета*. 2015. № 3. С. 307 (Серия «Право»).

⁵ Серков П.П. Конституционная ответственность в Российской Федерации: современная теория и практика: монография. Москва: Норма, 2014. С. 12, 407.

⁶ Салей М.І. Конституційна аксіологія в сучасній Україні: науково-практична парадигма: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2017. С. 184.

⁷ Бориславський Л.В. Деякі теоретичні і практичні питання реалізації Конституції України. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні*: матеріали ІХ регіональної наук.-практ. конференції (м. Львів, 13–14 лютого 2003 р.). Львів: Юрид. фак. Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2003. С. 121–122.

⁸ Задорожня Г. Аксіологічний вимір Конституції України: проблеми теорії та практики. *Юридичний журнал*. 2012/2. № 7/8. С. 99.

⁹ Бориславська О.М. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз: монографія. Харків: Право, 2018. С. 193–194.

¹⁰ Болсунова О.М. Аксіологія юридичної відповідальності. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 2. С. 64.

¹¹ Салей М.І. Конституційна аксіологія в сучасній Україні: науково-практична парадигма: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2017. С. 182.

¹² Батанова Н.М. Конституційний контроль та конституційно-правова відповідальність: концептуальні проблеми співвідношення та взаємодії. *Правова держава*. Вип. 30. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2019. С. 147–155.

¹³ Сліденко І.Д. Конституційний контроль в механізмі сучасної правової держави: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2011. С. 29.

¹⁴ Савчин М.В. Порівняльне конституційне право: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2019. С. 15.

Резюме

Батанова Н.М. Феномен конституційно-правової відповідальності: аксіологічний потенціал та проблеми ефективності реалізації.

У статті розглядаються загальнотеоретичні та конституційно-правові питання формування й реалізації конституційно-правової відповідальності. Досліджується зв'язок між інститутом конституційно-правової відповідальності та проблемами реалізації Конституції і конституційного законодавства, формування конституціоналізму та проведення конституційної реформи в Україні. Під кутом зору конституційної аксіології розкривається ціннісний потенціал конституційно-правової відповідальності. Робиться висновок, що від правильного розуміння сутнісних та функціонально-телеологічних характеристик конституційно-правової відповідальності як інструменту захисту конституційних цінностей залежить її функціональність та ефективність.

Ключові слова: конституційно-правова відповідальність, завдання конституційно-правової відповідальності, конституційний контроль; конституційна законність, конституційні цінності, конституційний конфлікт, конституційний лад.

Резюме

Батанова Н.Н. Феномен конституційно-правової відповідальності: аксиологічний потенціал і проблеми ефективності реалізації.

В статті розглядаються загальнотеоретичні та конституційно-правові питання формування та реалізації конституційно-правової відповідальності. Досліджується зв'язок між інститутом конституційно-правової відповідальності та проблемами реалізації Конституції та конституційного законодавства, формування конституціоналізму та проведення конституційної реформи в Україні. С точки зору конституційної аксиології розкривається ціннісний потенціал конституційно-правової відповідальності. Делается вывод, что от правильного понимания сущностных и функционально-телеологических характеристик конституційно-правової відповідальності як інструмента захисту конституційних цінностей залежить її функціональність та ефективність.

Ключевые слова: конституційно-правова відповідальність, завдання конституційно-правової відповідальності, конституційний контроль, конституційна законність, конституційний конфлікт, конституційний лад.

Summary

Nataliia Batanova. The phenomenon of constitutional and legal responsibility: axiological potential and problems of implementation efficiency.

The article considers general theoretical and constitutional-legal issues of formation and implementation of constitutional-legal responsibility. It is claimed that with the help of constitutional and legal responsibility the legal protection of the Constitution is ensured, the efficiency of its norms is increased, the influence of the constitutional legislation on the social and political practice is strengthened. Constitutional and legal responsibility is considered as an effective tool to support the constitutional order in the state, the unity of the constitutional and legal space, the establishment of the regime of constitutional legality in law-making and law enforcement activities of public authorities and officials.

The connection between the institution of constitutional and legal responsibility and the problems of implementation of the Constitution and constitutional legislation, the formation of constitutionalism and the implementation of constitutional reform in Ukraine is studied. It is argued that the supremacy of the Constitution of Ukraine in general and the values enshrined in it is a guarantee of lawful behaviour of the subjects of constitutional relations, an element of the state mechanism and a way to solve problems facing society in the process of constitutional development, stability of the constitutional order and law and order. A prerequisite for the exercise of the will of the Ukrainian nation. From the point of view of constitutional axiology, the value potential of constitutional and legal responsibility is revealed.

It is concluded that its functionality and effectiveness depend on the correct understanding of the essential and functional-teleological characteristics of constitutional and legal responsibility as a tool for the protection of constitutional values. The effectiveness of constitutional and legal responsibility is associated with the effectiveness of lawmaking, constitutional and legal regulation, the level of constitutional legal awareness and constitutional culture, the state of the constitutional order and legality, and so on. Failure to achieve the goal of constitutional and legal responsibility indicates a low level of effectiveness of constitutional and legal responsibility, imperfection of organizational and legal and procedural mechanisms of its application.

Key words: constitutional and legal responsibility; functions of constitutional and legal responsibility; functions of constitutional law; constitutional conflict; constitutional order.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.15

УДК 342:340.12:340.115

Н.В. ВЕРЛОС

*Наталія Володимирівна Верлос, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Запорізького національного університету**

ORCID: 0000-0003-3598-2721

РЕЦЕПЦІЯ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ДОКТРИНАЛЬНОЇ ДЕФІНІЦІЇ

Постановка проблеми. Сучасні тенденції цивілізаційного розвитку людства зумовлюються необхідністю тісної міждержавної взаємодії у напрямі універсалізації загальноправових та конституційних цінностей, раціоналізації й досягнення балансу міжнародних (інтернаціональних) і національних інтересів сучасної демократичної держави. Рецепція є невід'ємним інструментом якісної конституційно-правової модернізації в Україні, яка на сьогоднішній день відбувається в тому числі і через механізми сприйняття та впровадження зарубіжного досвіду конституційного розвитку.

© Н.В. Верлос, 2020

* *Natalia Verlos, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Zaporizhzhia National University*

Саме тому перед наукою конституційного права, наразі, постає актуальне завдання синтезувати та розвинути традиційні теорії правової рецепції, наслідком чого стане вироблення модернізованої доктрини рецепції в конституційному праві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Комплексних системних досліджень рецепції як конституційно-правового феномена та процесу в науці конституційного права майже не проводилось, що негативно позначається як на розвитку функціонування механізму рецепції в цілому, так і на ефективності реалізації якісно оновленої моделі усього конституційного механізму публічної влади. Проте серед вчених, які досліджували окремі аспекти рецепції в конституційному праві, можна назвати: Є. Анічкіна, К. Арановського, М. Баймуратова, В. Гомонай, І. Гошу, Р. Гудіна, А. Дудко, Р. Єнгібаряна, Т. Ільченко, І. Кененова, М. Кокіну, О. Корейво, В. Лафітського, В. Мантурова, Л. Мурашко, В. Осятинського, С. Панасюка, М. Пшенічнова, М. Савчина, Ч. Сандерса, Б. Сафарова, І. Шутака та ін.

Доктринальні інтерпретації рецепції як загальноправового та конституційного феномена мають дискусійний характер, що дає змогу говорити про полісемантичність та неоднорідність розуміння цієї правової категорії. Саме тому дослідження рецепції та визначення доктринальної дефініції цього конституційно-правового феномена є актуальною проблемою, що має діапазон як загальнотеоретичного, так і праксеологічного пошуку.

Формулювання мети статті. Мета цієї статті полягає у визначенні доктринальної дефініції «рецепція» у конституційному праві на підставі аналізу діалектичного зв'язку між сутністю, змістом і формою, виокремлення характерних ознак з урахуванням галузевої специфіки.

Виклад основного матеріалу. Формулювання будь-якої доктринальної дефініції є завжди процесом, заснованим на теоретичних висновках, узагальненнях, умовиводах, спрямованих на виокремлення характерних ознак певного явища і об'єктивного відображення реальної правової дійсності.

Для уникнення термінологічної плутанини варто насамперед зазначити, що правова категорія «рецепція в конституційному праві» є синонімом «конституційно-правової рецепції» і розуміється як явище та процес сприйняття, впровадження й засвоєння зарубіжного конституційно-правового матеріалу (доктринального чи нормативного) системою конституційного права. Але слід відмежовувати його від поняття «конституційна рецепція», адже воно є значно вужчим і стосується не усього масиву конституційно-правового матеріалу, а лише конституції як Основного Закону держави.

Неоднозначність трактування рецепції як правової категорії передбачає необхідність дослідження її крізь призму перманентного діалектичного зв'язку між сутністю, змістом та формою.

Сутність – це внутрішній стан предмета, що виявляється в єдності усіх його багатоманітних властивостей та відносин¹. Тобто під сутністю розуміється існування явища, його якісна характеристика. Зрозуміти сутність будь-якого об'єкта – означає зрозуміти причину його виникнення, закони його існування, властиві йому внутрішні суперечності, тенденції розвитку, його визначальні властивості. Категорія сутності виявляє головне, основне, визначальне у предметі, таке, що зумовлене глибинними, необхідними, внутрішніми зв'язками й тенденціями розвитку і пізнається на рівні теоретичного мислення².

З.П. Мельник зазначає, що: 1) сутність поняття «рецепція права» – це об'єктивне закономірне явище, що виявляється у зв'язку, який поєднує минуле, сучасне й майбутнє держави; 2) сутність цього зв'язку – сприйняття і запозичення правового матеріалу; 3) збереження, утримання, використання – прояви рецепції права по вертикалі (в межах однієї правової системи), а запозичення й використання – прояви рецепції права по горизонталі (на рівні взаємодії різних правових систем)³.

Враховуючи особливості галузевої специфіки, вважаємо, що сутність рецепції в конституційному праві у тому, що це конституційно-правовий феномен та процес сприйняття, впровадження і засвоєння зарубіжного конституційно-правового матеріалу чи міжнародно-правової норми вітчизняною системою конституційного права в процесі її розвитку.

Тобто сутність рецепції насамперед полягає у прагненні якісних змін соціально-правової дійсності та модернізації інституційного дизайну конституційного механізму публічної влади. Важливо акцентувати увагу на тому, що рецепція як конституційно-правовий феномен та процес в кінцевому рахунку призведе до якісного оновлення усієї правової системи.

Рецепція як явище не ототожнюється із сутністю, але слугує формою його вираження. Явище – це категорія для позначення у предметі, процесі того, що знаходить свій вияв безпосередньо, з'являється перед нами⁴. Явища динамічні, мінливі, у той час як сутність утворює дещо збережене за усіх змін, хоча сутність стійка відносно явища, сама вона теж мінлива⁵. Явище рецепції є відображенням сутності, взаємодією її сутнісних якостей із зовнішніми умовами та процесами, які можуть призвести не тільки до бажаних та запланованих результатів, але й до небажаних наслідків.

Явище рецепції в конституційному праві охоплює також і процес реалізації в умовах реформування елементів права іншої держави. Тому рецепцію варто розглядати не тільки як явище, а й як процес, який є сукупністю ряду дій (сприйняття, засвоєння та впровадження) спрямованих на досягнення певного результату – конституційно-правової модернізації та розвитку системи конституційного права.

Зміст – це сукупність частин (елементів) предмета, його структурно-функціональна характеристика. Співвідношення категорій сутність та зміст Ю.Р. Захаров характеризує наступним чином: «зміст є розвинутою в конкретну цілісність сутністю об'єкта»⁶. Зміст рецепції в конституційному праві полягає у добровільному, вимушеному чи примусовому процесі сприйняття, впровадження та засвоєння різноманітного консти-

туційно-правового матеріалу (правових норм, доктрин, ідей, концепцій, принципів та ін.) країною-реципієнтом в процесі міждержавної взаємодії.

Змістова характеристика рецепції в конституційному праві знаходиться в динамічному стані та детермінується соціальними, економічними, політичними, історичними, культурними, демографічними, екологічними та іншими факторами, що впливають на розвиток конституційних правовідносин, правової культури, конституційної правосвідомості та врешті-решт на ефективність рецепції як конституційно-правового феномена та процесу.

Категорія «зміст» знаходиться у діалектичному взаємозв'язку із «формою», в якому зміст є провідною стороною цілого, єдність усіх складових елементів об'єкта, його властивостей, внутрішніх процесів, суперечностей і тенденцій, а форма – способом існування і виявлення змісту⁷. Формою рецепції є зовнішній прояв її об'єктивації (існування) у правовій дійсності з метою упорядкування змісту. У конституційному праві рецепція може існувати у формах: запозичення, трансферу чи консенсусу. При цьому знаходячись в органічному взаємозв'язку, зміст і форма є протилежними сторонами єдиного цілого.

Узагальнюючи викладене, можна зробити висновок, що рецепція: 1) за сутністю є конституційно-правовим феноменом та процесом сприйняття, впровадження і засвоєння зарубіжного конституційно-правового матеріалу чи міжнародно-правової норми вітчизняною системою конституційного права в процесі її розвитку; 2) за змістом є добровільним, вимушеним чи примусовим процесом сприйняття, впровадження та засвоєння різноманітного конституційно-правового матеріалу (правових норм, доктрин, ідей, концепцій, принципів та ін.) країною-реципієнтом в процесі міждержавної взаємодії; 3) за формою може реалізовуватись у порядку запозичення, трансферу чи консенсусу.

Наступним етапом дослідження є необхідність визначення доктринальної дефініції «рецепція» в конституційному праві на підставі виокремлення ряду характерних ознак. Варто зазначити, що власне термін дефініція (від. лат. *definition* – визначення) є коротким логічним визначенням, що встановлює істотні ознаки предмета чи значення поняття – його зміст та межі⁸, і є синонімом терміна «визначення» – логічного прийому, що дозволяє: 1) формулювати критерії розрізнення досліджуваного об'єкта від інших об'єктів (тобто проводити специфікацію об'єкта), а також специфічні способи його побудови, застосування; 2) відрізнити, відшукувати, будувати об'єкт, формулювати значення нововведеного чи уточнювати значення вже існуючого в науці терміна⁹. У юриспруденції дефініція означає розумову операцію, за допомогою якої розкривається зміст юридичних понять¹⁰.

У процесі системного дослідження будь-якого правового явища необхідно надати визначення, яке повинно «наповнити термін конкретним змістом, уникаючи будь-якої двозначності»¹¹. У процесі формулювання дефініції, на думку І.Д. Шутака, варто дотримуватись певних правил та вимог, а саме: 1) відображати тільки істотні ознаки явища; ці ознаки повинні мати правове значення; 2) бути повною і відображати явища; 3) бути адекватною, тобто мати обсяг, що збігається з певним поняттям; 4) не містити суперечливих суджень; 5) не містити термінів, що застосовуються у певному понятті (щоб не містити тавтології)¹².

Здійснюючи формулювання дефініції «рецепція в конституційному праві» варто зважати на зазначені правила та вимоги, і насамперед необхідно визначити притаманні цьому конституційно-правовому феномену характерні ознаки. Варто зазначити, що на жаль, у юридичній літературі досліджувана проблема є вельми дискусійною, а позиції дослідників кардинально протилежні.

Так, М. Матушак серед ознак рецепції виділяє: 1) це завжди добровільне запозичення без застосування примусових заходів; 2) свідоме запозичення; 3) запозичення, що відбувається за ініціативою суб'єкта – реципієнта; 4) запозичення, яке відбувається і може бути можливим тільки в країнах з однорідними правовими системами¹³.

С.Д. Гринько виділяє наступні характерні ознаки рецепції римського права: 1) відродження римського права; 2) відродження римського права в цілому, а не окремих його частин; 3) засобами відродження є запозичення, відбір, переробка, засвоєння римського права; 4) відродження як складова частина загального процесу відродження цивілізацій (культур), що існували раніше; 5) завданням відродження є сприйняття духу, головних засад та основних положень римського права тією чи іншою цивілізацією на певному етапі¹⁴.

З.П. Мельник виділяє такі сутнісні ознаки та родові властивості рецепції права, як: 1) складний процес, який не зводиться до механічного перенесення певних нормативних положень, а включає й подальше засвоєння і використання ідей, принципів, інститутів тощо правової системи інших часів та інших народів; 2) добровільне запозичення, а не примусове; 3) свідоме запозичення; 4) однобічне запозичення; 5) запозичення, що відбувається за ініціативи суб'єкта – реципієнта; 6) запозичення, що є можливим в рамках взаємодії більш-менш однорідних правових систем¹⁵.

Для розкриття сутності поняття рецепції Г.М. Азнагулова виділяє ряд характерних рис: 1) в історичному плані термін «рецепція права» вживається для позначення процесу впливу історично ранньої правової системи на існуючу або обумовлення перспектив появи; 2) рецепція – це не просте перенесення норм і принципів права однієї системи на іншу, а складний процес пристосування і, як наслідок, формально-юридичної обробки; 3) рецепції підлягають тільки ті норми, які мають загальний (носять явно виражений абстрактний характер), а не введені для регулювання відносин, що мають вузьконаціональний, локальний характер, тобто не обмежені вузькими національно-географічними рамками; 4) процес рецепції має добровільний характер¹⁶.

В.О. Рибаків рецепцію права як явище наділяє наступними ознаками: 1) це запозичення іноземного права; 2) запозичення добровільне; 3) запозичення необмежене в просторі, часі та за колом осіб¹⁷.

Безумовно цікавою з наукової точки зору є спроба С.В. Ткаченка охарактеризувати сутність рецепції, покладаючи в основу її розуміння ідеологічний компонент. На його думку, саме ідеологія реципієнта, донора, а доволі часто і спільна ідеологія донора та реципієнта утворює ідеологічний компонент рецепції, знаходячи вираження в обґрунтованості та доцільності відмови від правового минулого та запозичення «передових» правових технологій іноземного походження¹⁸. Також дослідник наполягає на добровільному та примусовому характері рецепції права.

Неоднозначність трактування й виділення ознак такого правового феномена, як рецепція, є цілком логічним результатом наукового пошуку дослідників. Але сутнісні розбіжності та радикально протилежні доктринальні інтерпретації можуть призвести до ускладнень у розумінні досліджуваного явища та більшості наукових тестів, у яких термін «рецепція» застосовується без надання визначення.

Пропонується серед характерних ознак, що характеризують рецепцію в конституційному праві та відрізняють її від суміжних правових категорій, виокремити наступні: 1) це об'єктивне явище конституційно-правової дійсності і тривалий перманентний процес міждержавної взаємодії; 2) може мати: а) односторонній (за ініціативи тільки країни-реципієнта або країни-донора); б) двосторонній (країна-донор – країна-реципієнт); в) багатосторонній (в процесі взаємодії та досягнення консенсусу за допомогою міжнародних договорів: міжнародна правова норма – країна-реципієнт (країни-реципієнти)) характер; 3) виявляється у сприйнятті, впровадженні та засвоєнні різнопланового конституційно-правового матеріалу як доктринального (ідеї, принципи, доктрини, концепції та ін.), так і нормативного (конституційно-правові норми, інститути, галузі та ін.), а також міжнародних правових норм; 4) переважно має усвідомлений, вольовий характер, тобто в реалізується остаточно за ініціативи органів публічної влади на підставі нормативного закріплення; 5) може мати добровільний, вимушений або примусовий характер; 6) детермінується об'єктивною необхідністю в процесі конституційно-правового розвитку держави, а не просто трансфером конституційних формулювань; 7) є засобом конституційно-правової модернізації та розвитку системи конституційного права, сприяє конвергенції правих систем. А в Україні є засобом євроінтеграції; 8) має крестемпоральний характер, тобто виявляється у сприйнятті, впровадженні та засвоєнні зарубіжного конституційно-правового матеріалу, створеного у сучасну чи історичну епохи; 9) може мати як конструктивні наслідки, що сприяють розвитку системи конституційного права, так і деструктивні, що викликають відторгнення і призводять до конституційно-правових деформацій; 10) об'єктом рецепції є переважно конституційно-правовий матеріал, що реципіюється з країн із більш розвинутою системою конституційного права, де інноваційні конституційні інститути, норми, концепції, доктрини апробовані часом і довели свою ефективність. Також об'єктом рецепції можуть бути міжнародно-правові норми, ратифіковані національним парламентом.

Висновки. Узагальнюючи проаналізовані доктринальні інтерпретації терміна «рецепція», визначені характерні ознаки, та враховуючи галузеву специфіку конституційного права як провідної галузі національної системи права, пропонується сформулювати доктринальну дефініцію рецепції в конституційному праві.

Рецепція в конституційному праві (конституційно-правова рецепція) – це крестемпоральний характер та полягає в можливість чи необхідності сприйняття, впровадження і засвоєння зарубіжного конституційно-правового матеріалу (міжнародно-правової норми) національною системою конституційного права з метою її модернізації та розвитку.

¹ Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. 3-е изд. Москва: Сов. энцик., 1985. 1600 с. С. 1286.

² Подольська Є.А. Філософія: підручник. Київ: Фірма «Інкос», Центр навчальної літератури, 2006. 704 с. С. 533.

³ Мельник З.П. Рецепція як засіб вдосконалення правової системи (теоретико-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2009. 14 с. С. 8.

⁴ Данильян О.Г., Тараненко В.М. Філософія: підручник. Харків: Право, 2010. 312 с.

⁵ Подольська Є.А. Філософія: підручник. Київ: Інкос; Центр навчальної літератури, 2006. 704 с. С. 537.

⁶ Захаров Ю.Р. Содержание и форма в системе: автореф. дис. ... канд. филос. наук. Москва, 1978. 21 с. С. 13.

⁷ Подольська Є.А. Філософія: підручник. Київ: Фірма «Інкос», Центр навчальної літератури, 2006. 704 с. С. 537, 539.

⁸ Нарский И.С. Дефиниция. *Философский словарь* / под ред. И.Т. Фролова. 7-е изд. перераб. и доп. Москва: Республика, 2001. 719 с. С. 153.

⁹ *Философский энциклопедический словарь* / гл. ред.: Л.Ф. Ильчев, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалев, В.Г. Панов. Москва: Сов. энциклопедия, 1983. 840 с. С. 460; Горский Д.П. Определение (или дефиниция). *Философский словарь* / под ред. И.Т. Фролова. 7-е изд. перераб. и доп. Москва: Республика, 2001. 719 с. С. 398.

¹⁰ Ушакова Л.Н. Дефиниции как нетипичное правовое средство законодательной техники. *Ленинградский юридический журнал*. 2008. № 1(11). С. 187–196. С. 191.

¹¹ Шутак И.Д. Понятие, термин, определение: концептуальный подход. *Європейські перспективи*. 2015. № 7. С. 13–18. С. 17.

¹² Там само.

¹³ Матушак М.Р. Сутність рецепції римського права та її вплив на цивільне право в Україні, Російській Федерації, Франції та ФРН. *Вісник Одеського національного університету*. 2013. Т. 18. Вип. 2. С. 15–25. С. 18 (Серія «Правознавство»).

¹⁴ Гринько С.Д. Поняття та ознаки рецепції римського приватного права. *Часопис цивілістики: Науково-практичний журнал Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2012. Вип. 12. С. 74–77. С. 77.

¹⁵ Мельник З.П. Рецепція як засіб вдосконалення правової системи (теоретико-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2009. 14 с. С. 8.

¹⁶ Азнагулова Г.М. Рецепция права как форма взаимодействия национальных правовых систем: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Казань, 2004. 25 с. С. 19–20; Азнагулова Г.М. Взаимодействие международного и внутригосударственного права и конституция Российской Федерации. *Lex Russica*. 2015. № 8. Т. IV. С. 84–95. С. 86.

¹⁷ Рыбаков В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы. монография. Омск: Изд. Омского университета, 2007. 276 с. С. 11.

¹⁸ Ткаченко С.В. Идеологический компонент рецепции права. *Юридические записки*. 2014. № 2. С. 21–27. С. 22.

Резюме

Верлос Н.В. Рецепція в конституційному праві: проблеми визначення доктринальної дефініції.

Стаття присвячена проблемам визначення та формулювання доктринальної дефініції «рецепція» у конституційному праві на підставі виокремлення характерних ознак з урахуванням специфіки конституційного права як провідної галузі національної системи права.

Ключові слова: рецепція у конституційному праві, конституційно-правова рецепція, конституційна рецепція, конституціоналізм, євроінтеграція.

Резюме

Верлос Н.В. Рецепция в конституционном праве: проблемы определения доктринальной дефиниции.

Статья посвящена проблемам определения и формулирования доктринальной дефиниции «рецепция» в конституционном праве на основании выделения характерных признаков с учетом специфики конституционного права как ведущей отрасли национальной системы права.

Ключевые слова: рецепция в конституционном праве, конституционно-правовая рецепция, конституционная рецепция, конституционализм, евроинтеграция.

Summary

Natalia Verlos. Reception in constitutional law: the problems of providing the doctrinal definition.

It is attempted to provide the doctrinal definition of “reception” in constitutional law through comprehensive analysis and identification of its characteristics taking into account the specific features of constitutional law as a leading branch of the national legal system.

It is proposed to identify among the specific features characterizing reception in constitutional law and distinguishing it from related legal categories the following: reception in constitutional law is an objective phenomenon of constitutional and legal reality and a permanent process of interaction between states; it may be unilateral, bilateral or multilateral; it is manifested in the perception, implementation and assimilation of diversified constitutional and legal material, both as doctrinal one (ideas, principles, doctrines, concepts, etc.) and as normative one (constitutional legal norms, institutions, etc.), as well as international legal norms; generally is conscious and volitional, i.e. ultimately implemented at the instigation of public authorities on the basis of normative consolidation; may be voluntary, forced or coercive; is determined by the objective necessity in the process of constitutional and legal development of the state, and is not a mere transfer of constitutional wordings; is a means of constitutional and legal modernization and development of the system of constitutional law; facilitates the convergence of legal systems. In Ukraine it is also a means of eurointegration; is cross-temporal, i.e. is manifested in the perception, implementation and assimilation of foreign constitutional and legal material created in the modern or historical era; can have both constructive consequences contributing to the development of the system of constitutional law, and destructive ones causing rejection and leading to constitutional and legal distortions; the object of reception is mainly constitutional and legal material, being received from countries with a more developed system of constitutional law, where innovative constitutional institutions, norms, concepts, doctrines have been tested over time and have proved their effectiveness. International legal norms ratified by the national parliament can also be the object of reception.

Summarizing identified characteristics and taking into account the sectoral specific features of constitutional law, it is proposed to understand reception in constitutional law as a constitutional and legal phenomenon and process of legal interaction between states, which is cross-temporal and lays in the possibility or necessity of perception, implementation and assimilation of foreign constitutional and legal material (international legal norm) by the national system of constitutional law for the purpose of its modernization and development.

Key words: reception in constitutional law, constitutional and legal reception, constitutional reception, constitutionalism, eurointegration, perception, implementation, assimilation.

О.А. ШАПАРЕНКО

*Олександр Андрійович Шапаренко, аспірант
Донецького національного університету імені
Василя Стуса**

ORCID: 0000-0001-6700-4194

ПРОБЛЕМИ РОЗПОДІЛУ КЕРІВНИХ ПОСАД ПАРЛАМЕНТСЬКИХ КОМІТЕТІВ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Постановка проблеми. Керівні посади комітетів Верховної Ради України відіграють важливу роль безпосередньо в організації та веденні роботи комітетів з метою забезпечення плідної співпраці членів парламентського комітету, які є представниками різних політичних сил, у зв'язку із чим керівні посади парламентських комітетів є об'єктом підвищеного інтересу.

Прогаляни та неточності законодавства сприяють розподілу керівних посад в обхід принципу пропорційного представництва в парламентських комітетах депутатських фракцій та груп. Керівництво комітетів можуть призначати без урахування рівня компетентності парламентарів, а також без наявності спеціальної освіти та досвіду у відповідній сфері, в тому числі і без навичок управління, тому існує потреба в удосконаленні статусу та організації щодо розподілу квот керівних посад комітетів Верховної Ради України та впровадження методу розподілу керівних посад у парламентських комітетах за принципом «д'Ондт», що наразі є актуальним питанням, яке потребує наступного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання розподілу керівних посад комітетів Верховної Ради України розглядали О. Бруслик, О. Жерибор, О. Заславський, О. Зозуля, К. Манжул, Р. Матейчук, І. Мукомела, Я. Назаренко, М. Соколова та інші, але їх дослідження стосуються переважно лише окремих проблем розподілу керівних посад парламентських комітетів, при цьому комплексно не характеризуючи сучасні правові засади, різні застосовувані підходи та критерії, а також процедурні особливості розподілу між парламентарями місць у комітетах Верховної Ради України.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, метою наукової статті є визначення порядку та основних засад розподілу керівних посад комітетів Верховної Ради України, а також обґрунтування пріоритетних напрямів удосконалення формування керівного складу парламентських комітетів та необхідності провадження методу розподілу керівних посад в парламентських комітетах за принципом «д'Ондт».

Виклад основного матеріалу. Кількість, розмір і склад парламентських комітетів варіюються залежно від складу парламенту. Завдяки конституційній реформі від 8 грудня 2004 р. у 2006–2007 рр. був уперше запроваджений принцип пропорційного представництва¹, тому на основі цього парламентські політичні групи представлені в комітетах пропорційно їхній чисельності в законодавчому органі. Особливий підхід може бути встановлений для невеликих груп з метою забезпечення їхнього представництва в комітетах – або як повноправних членів, або як спостерігачів².

Порядок обрання керівних посад комітетів Верховної Ради України регламентується ч. 2 ст. 6 Закону України «Про комітети Верховної Ради України» від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР³ та ч. 4 ст. 81, ст. 82 Регламенту Верховної Ради України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI⁴.

Як слушно констатують О.Ю. Бруслик і І.В. Мукомела, в Україні процес визначення складу парламентських комітетів є занадто заполітизованим, конфліктогенним і часто стає предметом політичних торгів, що негативно позначається на відносинах між парламентськими політичними силами⁵, тому досить складним питанням в умовах різної політичної «престижності» комітетів є реальне дотримання встановлених квот у парламентській практиці, прийнятність і наслідки відхилення від них.

Керівні посади комітетів передбачають можливості впливу безпосередньо на роботу комітету та на прийняття відповідних рішень, порівняно із посадами членів парламентських комітетів, у зв'язку із чим керівні посади комітетів є більш престижними, тому мають посилений інтерес з боку депутатських фракцій, груп. З метою уникнення спірних питань та суперечностей між фракціями, групами різних політичних партій виникає необхідність чіткого законодавчого закріплення порядку визначення квот депутатських фракцій та груп на ці посади.

Квоти розподілу посад голів комітетів, перших заступників, заступників голів, секретарів та членів комітетів визначаються пропорційно від кількісного складу депутатських фракцій (депутатських груп) до фактичної чисельності народних депутатів у порядку, встановленому Верховною Радою України (с. 4 ст. 81 Регламенту Верховної Ради України).

Пропорційний розподіл керівних посад у комітетах Верховної Ради України є демократичним способом забезпечення більш точного відображення у складі комітетів реальної фракційної структури самого парламенту, допомагає активному залученню всіх депутатських фракцій та груп (зокрема опозиційних) до роботи в комітетах на різних рівнях, підвищує необхідність взаємодії та узгодження позицій представників парламентських політичних сил. У рамках принципу пропорційного представництва за першою редакцією Регламенту Верховної Ради України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI⁶ парламентській опозиції надавалося першочергове право вибору посад:

1) голів у комітетах, до предметів відання яких віднесені питання бюджету, організації й діяльності Верховної Ради України та її органів, свободи слова та інформації, прав національних меншин і міжнародних відносин, свободи совісті, соціальної політики, охорони здоров'я, науки та освіти, судочинства, судоустрою, законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, боротьби з організованою злочинністю та корупцією, діяльності державних монополій, національних акціонерних компаній, управління державними корпоративними правами;

2) перших заступників голів у комітетах, посади голів у яких відповідно до принципу пропорційного представництва депутатських фракцій у комітетах належать до квоти коаліції.

Вищезазначене свідчить лише про право їх пріоритетного вибору в межах пропорційних квот відповідних опозиційних депутатських фракцій та груп, а не про безумовне забезпечення у зазначених комітетах керівних посад.

Не можна погодитись з позицією Р.І. Майтечука, який зазначав про необхідність «закріплення за парламентською опозицією керівних посад в окремих робочих органах парламенту»⁷. Ця позиція суперечить пропорційному представництву депутатських фракцій та груп і надаватиме необґрунтовану перевагу опозиції, обмежуючи парламентську більшість. Роль опозиції – виконання функції стримування та протизваги, вплив на роботу комітетів незалежно від зайнятих посад.

О.І. Зозуля зазначає, що на відміну від Регламенту Верховної Ради України від 27 липня 1994 р. № 129/94-ВР⁸ чинне законодавство є суперечливим і не передбачає окремих розподіл квот пропорційного представництва депутатських фракцій та груп для посад керівництва і посад членів парламентських комітетів, що, забезпечуючи загалом справедливе представництво у складі комітетів відповідних фракцій та груп, не гарантує їм певну пропорційну кількість керівних посад у комітетах⁹. Погоджуємось з думкою науковця і вважаємо, що доцільно було б ширше в Регламенті Верховної Ради України закріпити питання стосовно пропорційності з метою надання можливості представлення на керівних посадах парламентських комітетів не тільки політичних сил, які у більшості, а й тих, що в опозиції.

Задля уникнення політичних протистоянь під час формування комітетів Верховної Ради України Я.М. Назаренко¹⁰ та К.В. Манжул¹¹ наполягають на необхідності конституційно-правового забезпечення представлення в керівництві (на посадах голів і їх заступників) комітетів усіх, зокрема опозиційних, фракцій та груп.

У законодавстві не передбачено встановлення певних квот позафракційних народних депутатів України та порядку висунення їх кандидатур на керівні посади в парламентських комітетах. У зв'язку із чим варто погодитися із позицією К.В. Манжула, що існує потреба у обов'язковому представництві в керівному складі комітетів позафракційних народних депутатів України¹². Вважаємо, що цей підхід можна застосовувати як засіб забезпечення неупередженості в роботі комітету з питань регламенту або в разі недосягнення коаліцією та опозицією згоди щодо керівництва комітету.

На думку О.І. Зозулі, під час обрання керівництва комітету доцільно враховувати не тільки фракційну приналежність кандидатів на різні керівні посади, а й їх членство в одній партії, приналежність до коаліції або опозиції, наявність родинних зв'язків тощо. З огляду на можливість зміни народним депутатом України своєї фракційної приналежності врегулювання потребують наслідки виникнення ситуації членства в одній фракції (групі) голови, його першого заступника та/або секретаря комітету вже після їх обрання на ці посади¹³. Вважаємо дане зауваження доречним, у зв'язку з чим це питання потребує подальшого детального вивчення та врегулювання на законодавчому рівні, оскільки відповідно до ч. 5 ст. 83 Регламенту Верховної Ради України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI голова комітету, перший заступник голови та секретар комітету не можуть бути членами однієї депутатської фракції (депутатської групи).

Місія Європейського парламенту виділила розподіл керівних посад комітетів Верховної Ради України як одну із проблем, яка впливає на процес ухвалення рішень у парламенті. Відповідно до Додатку до постанови Верховної Ради України від 17 березня 2016 р. № 1035-VIII «Рекомендації щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України» (п. 18) передбачено: «Для забезпечення пропорційного представництва народних депутатів України у комітетах Верховної Ради України та офіційних парламентських делегаціях України пропонується, починаючи з наступного скликання Верховної Ради України, запровадити методику розподілу посад за принципом «д'Ондт».

У квітні 2018 р. Верховна Рада України на виконання цієї рекомендації ухвалила у першому читанні законопроект № 7550, щодо внесення змін до положень ст. 6 Закону України «Про комітети Верховної Ради України» та ст. 81 Регламенту Верховної Ради України передбачивши, що обрання на посади голів комітетів, перших заступників, заступників голів, секретарів та членів комітетів Верховної Ради України здійснюється за принципом д'Ондта. Фактично розписується формула та викладається логіка її застосування, хоча сам факт законодавчого закріплення методу й результатів його застосування як імперативних викликає чимало

проблем та запитань, викладених у відповідному висновку Комітету з питань Регламенту та організації роботи Верховної Ради України.

Наразі у травні 2019 р. розгляд законопроекту був перенесений парламентом, у зв'язку із чим до цих пір не впроваджено метод д'Ондта у життя.

Варто погодитися з думкою О.І. Зозулі, що, з одного боку, запровадження методу д'Ондта дійсно могло б сприяти прозорості, ефективності та оперативності пропорційного розподілу місць у комітетах. З іншого боку, застосування методу д'Ондта за законопроектом від 5 лютого 2018 р. № 7550 не позбавлене низки прогалин і суперечностей. Зокрема, йдеться про наявність дублюючих норм, неврахування депутатських груп при розподілі місць у комітетах, складність окремого узгодженого визначення квот фракцій (груп) на відповідні керівні посади та посади членів комітетів, неврахування різної політичної ваги посад у різних комітетах, виключення будь-яких домовленостей між фракціями (групами) з цього приводу та ін.

Також слід зазначити невиконаність правил застосування методу д'Ондта у разі невнесення фракцією пропозиції на відповідну посаду чи виключення народного депутата України з цієї фракції, обрання до комітетів позафракційних парламентарів, черговості комітетів для внесення пропозицій до їх складу. Викладене виявляє потребу комплексного й виваженого підходу до розгорнутого врегулювання усіх процедурних аспектів пропорційного розподілу місць у комітетах¹⁴.

Система д'Ондта базується на використанні методу обчислення «найвищого середнього значення», згідно з яким загальна кількість голосів, одержаних кожною партією (або кількість обраних членів кожної партії), ділиться на один, два, три і т. д. до максимального числа, що відповідає кількості посад, які підлягають розподілу. Одержані частки розподіляються за розміром у порядку, що визначає право на наявні посади. Зазвичай обчислення здійснюється не тільки для визначення кількості посад, на які має право партія, а й для визначення їх порядкового номера. Ця система забезпечує можливість пропорційно розподілити всі посади таким чином, щоб кожна група одержала (незалежно від того, є вона коаліційною чи опозиційною) кількість посад пропорційно до свого розміру¹⁵.

Доцільно було б передбачити в законодавстві не тільки вимогу щодо методу розподілу квот керівних посад парламентських комітетів, а й додаткові вимоги стосовно рівня компетентності та наявності бажання кандидатів на керівні посади в комітетах Верховної Ради України, наявність фахової підготовки (освіти) та професійного досвіду з питань, віднесених до предмета відання відповідного комітету, що має бути загальними критеріями для всіх членів комітету, наявність організаційно-управлінських навичок та досвіду роботи як керівника. Це зумовлюється специфікою повноважень голови комітету, його першого заступника та заступників, секретаря комітету, а саме планування роботи комітету, ведення засідань, представництва комітетів, організації виконання рішень, загального керівництва секретаріатом комітету.

Висновки. Розподіл керівних посад комітетів Верховної Ради України має здійснюватися на основі окремих квот пропорційного представництва депутатських фракцій та груп, а також позафракційних парламентарів, при цьому враховуючи організаційно-управлінські якості та досвід кандидатів. У зв'язку із чим вважаємо за необхідне передбачити додаткові вимоги щодо рівня компетентності та наявності бажання кандидатів на керівні посади в комітетах Верховної Ради України, наявність фахової підготовки (освіти) та професійного досвіду з питань, віднесених до предмета відання відповідного комітету, що має бути загальними критеріями для всіх членів комітету, наявність організаційно-управлінських навичок та досвіду роботи як керівника.

Удосконалення порядку обрання керівництва комітетів має передбачати уточнення законодавчого регулювання критеріїв та процедури такого обрання, розширення гарантій дотримання вищевказаного принципу пропорційного представництва, забезпечення можливості обговорення кандидатур на посади голів комітетів тощо.

Вважаємо, що необхідно привести у відповідність, закріпити на законодавчому рівні та запровадити у життя методику розподілу керівних посад в парламентських комітетах за принципом «д'Ондт» з метою забезпечення належного пропорційного представництва народних депутатів України у комітетах Верховної Ради України та офіційних парламентських делегаціях України.

¹ Про комітети Верховної Ради України : Закон України № 116/95-ВР (1995). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/116/95-%E2%F0> (в редакції від 18.11.2009 р.).

² Заславський О., Соколова М., Жерибор О. Функції, склад і види парламентських комітетів та їх роль у співпраці з урядом: світові практики. *Часопис «Парламент»*. 2017. № 3. URL: <http://radaprogram.org/sites/default/files/files/partnersfiles/chasopis3.pdf>

³ Про внесення змін до Конституції України: Закон України № 2222-IV (2004) (втратив чинність). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2222-15>

⁴ Про Регламент Верховної Ради України: Закон України № 1861-VI. (2010). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17>

⁵ Бруслик О.Ю., Мукомела І.В. Комітети Верховної Ради України: час реформ. Харків: Юрай, 2017. 108 с. С. 15, 39.

⁶ Там само.

⁷ Матейчук Р. Порядок створення парламентських комітетів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2018. Вип. 32. С. 14 (Серія: «Юриспруденція»).

⁸ Регламент Верховної Ради України від 27 липня 1994 р. № 129/94-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 35. Ст. 338.

⁹ Зозуля О. І. Засади та порядок обрання посадових осіб комітетів Верховної Ради України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 55. Т. 1. С. 84.

¹⁰ Назаренко Я.М. Номінаційна (установча) функція Верховної Ради України: проблеми теорії та практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02; Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2011. 18 с.

¹¹ Манжул К. Роль комітетів Верховної Ради України в законодавчій процедурі. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2004. № 10. С. 26.

¹² Там само.

¹³ Зозуля О.І. Засади та порядок обрання посадових осіб комітетів Верховної Ради України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 55. Т. 1. С. 86.

¹⁴ Зозуля О.І. Критерії та принципи формування персонального складу комітетів Верховної Ради України. *Форум права*. 2019. № 2. С. 36.

¹⁵ Доповідь та Дорожня карта щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України. *Європейський парламент*. вересень 2015-лютий 2016. URL: <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20160301RES16508/20160301RES16508.pdf>

Резюме

Шапаренко О.А. Проблеми розподілу керівних посад парламентських комітетів та шляхи їх вирішення.

У статті представлено результат дослідження питання розподілу керівних посад комітетів Верховної Ради України. Вважаємо за необхідне передбачити додаткові вимоги щодо рівня компетентності і наявності бажання кандидатів на керівні посади в комітетах Верховної Ради України, наявність фахової підготовки (освіти) та професійного досвіду з питань, віднесених до предмета відання відповідного комітету, що має бути загальними критеріями для всіх членів комітету, наявність організаційно-управлінських навичок та досвіду роботи як керівника. Удосконалення порядку обрання керівництва комітетів має передбачати уточнення законодавчого регулювання критеріїв та процедури такого обрання, розширення гарантій дотримання вищевказаного принципу пропорційного представництва, забезпечення можливості обговорення кандидатур на посади голів комітетів тощо. Необхідно привести у відповідність, закріпити на законодавчому рівні та запровадити у життя методику розподілу керівних посад у парламентських комітетах за принципом «д'Ондт» з метою забезпечення належного пропорційного представництва народних депутатів України у комітетах Верховної Ради України та офіційних парламентських делегаціях України.

Ключові слова: розподіл керівних посад комітетів Верховної Ради України, керівний склад парламентських комітетів, принцип «д'Ондт», метод обчислення «найвищого середнього значення», пропорційний розподіл керівних посад.

Резюме

Шапаренко А.А. Проблемы распределения руководящих должностей парламентских комитетов и пути их решения.

В статье представлен результат исследования вопроса распределения руководящих должностей комитетов Верховной Рады Украины. Считаем необходимым предусмотреть дополнительные требования к уровню компетентности и желанию кандидатов на руководящие должности в комитетах Верховной Рады Украины, наличие профессиональной подготовки (образования) и профессионального опыта по вопросам, отнесенным к предмету ведения соответствующего комитета, который должен быть общим критерием для всех членов комитета, наличие организационно-управленческих навыков и опыта работы в качестве руководителя. Совершенствование порядка избрания руководства комитетов должно предусматривать уточнение законодательного регулирования критериев и процедуры такого избрания, расширение гарантий соблюдения вышеуказанного принципа пропорционального представительства, обеспечение возможности обсуждения кандидатур на должности председателей комитетов и тому подобное. Необходимо привести в соответствие, закрепить на законодательном уровне и ввести в жизнь методику распределения руководящих должностей в парламентских комитетах по принципу «д'Ондта» с целью обеспечения надлежащего пропорционального представительства народных депутатов Украины в комитетах Верховной Рады Украины и официальных парламентских делегаций Украины.

Ключевые слова: распределение руководящих должностей комитетов Верховной Рады Украины, руководящий состав парламентских комитетов, принцип «д'Ондта», метод вычисления «высшего среднего значения», пропорциональное распределение руководящих должностей.

Summary

Alexander Shaparenko. Problems of distribution of leading positions of parliamentary committees and ways to solve them.

Leading positions of committees of the Verkhovna Rada of Ukraine play an important role directly in organizing and conducting the work of committees in order to ensure fruitful cooperation of members of the parliamentary committee representing different political forces, therefore leading positions of parliamentary committees are of high interest.

Gaps and inaccuracies in the legislation contribute to the distribution of leading positions, bypassing the principle of proportional representation in parliamentary committees of parliamentary factions and groups. The leadership of committees can be appointed without taking into account the level of competence of parliamentarians, as well as without special education and experience in the relevant field, including management skills, so there is a need to improve the status and organization of quotas. the distribution of leadership positions in parliamentary committees on a "d'Ondt" basis, which is currently a topical issue that needs further study.

The article presents the result of a study of the issue of distribution of leading positions of the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine. We consider it necessary to provide additional requirements for the level of competence and desire of candidates for leading positions in the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine, the availability of professional training (education) and professional experience on issues related to the competence of the relevant committee, which should be common criteria for all committee members, organizational and managerial skills and experience as a leader. Improving the procedure for electing the leadership of committees should provide for clarifying the legislative regulation of the criteria and procedure for such election, expanding guarantees of compliance with the above principle of proportional representation, providing an opportunity to discuss candidates for the positions of chairmen of committees, and the like. It is necessary to harmonize, consolidate at the legislative level and introduce into practice the methodology for distributing leading positions in parliamentary committees on the "d'Ondt" principle in order to ensure proper proportional representation of people's deputies of Ukraine in the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine and official parliamentary delegations of Ukraine.

Key words: distribution of leading positions of committees of the Verkhovna Rada of Ukraine, leading composition of parliamentary committees, d'Ondt principle, method of calculation of "highest average value", proportional distribution of leading positions.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.17

УДК 351-72/342.25(477)

Н.К. ІСАЄВА

*Наталія Карлівна Ісаєва, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-97-16-9472

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДЕРЖАВНИХ ФОНДІВ ЯК ОСНОВИ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ В СУЧАСНИЙ ПЕРІОД

Постанова проблеми. Пошук додаткових джерел фінансування потреб держави та органів місцевого самоврядування є необхідністю, що зумовлена не лише кризовими явищами, які потрібно долати державі в певні періоди її розвитку, а й появою нових сфер регулювання, а також застосування сучасних і високотехнологічних методів при здійсненні управлінських функцій.

Вдосконалення правового регулювання відносин у фінансовій сфері здійснюється в Україні разом з активним пошуком як додаткових джерел для наповнення державного та місцевих бюджетів, так і створенням інших державних фондів. Причому, не всі ідеї та пропозиції, а також підготовлені з їх урахуванням законопроекти, відповідають чинному законодавству України чи містять конструктивні та виправдані положення щодо змін, які необхідно внести до нього для реалізації цих пропозицій.

Необхідність наукового аналізу проблем створення та використання фондів, що акумулюють фінансові ресурси на державному та місцевому рівні, а також вдосконалення правового регулювання фінансової діяльності держави, особливо в умовах гострих кризових явищ, зумовлюють актуальність розгляду головних аспектів цих проблем.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика правового регулювання державних та місцевих фінансів, а також державних фондів грошових коштів активно досліджується вченими-юристами в Україні, зокрема, Н.Ю. Пришвою, А.А. Нечай, О.А. Музикою-Стефанчук, М.П. Кучерявенко.

Метою статті є здійснення наукового аналізу актуальних проблем правового регулювання державних фондів як основи фінансової діяльності держави в сучасний період.

Виклад основного матеріалу. Фінансова діяльність держави визначається в науковій літературі і як процес, і як діяльність, і як здійснення конкретних функцій і, водночас, значною мірою забезпечує виконання державою всіх інших її функцій, завдань та цілей. Вона характеризується великою різноманітністю функцій, великою динамічністю та спрямованістю на вирішення економічних, соціальних, культурних та інших проблем розвитку держави і суспільства.

У сучасний період фінансова діяльність держави, по суті, також є формою перерозподілу матеріальних благ, оскільки має соціальну спрямованість. Закріплюючи на конституційному рівні соціальні права громадян, держава бере на себе зобов'язання щодо забезпечення та підтримки пенсіонерів, малозабезпечених і багатодітних сімей та інших категорій населення, що потребують соціальної, допомоги, встановлює відповідні пільги та виплати громадянам і таким чином перерозподіляє матеріальні блага у їх фінансовому виразі. Обсяг фінансової діяльності держави надзвичайно зріс, її роль як регулятора соціальних, економічних і політичних процесів у житті суспільства постійно підвищується, тому вона значною мірою вже втратила своє суто допоміжне значення, лише як засобу забезпечення функціонування державного механізму.

Об'єктивно виникнувши на основі товарно-грошових відносин, фінансова діяльність держави містила в собі такий же великий потенціал регулюючого впливу на розвиток держави та суспільства, як і самі товарно-грошові відносини.

© Н.К. Ісаєва, 2020

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

Не менш важливе значення має фінансова діяльність органів місцевого самоврядування, особливо при здійсненні децентралізації влади в Україні та підвищенні ролі місцевого самоврядування в цілому. Причому гострота та напруженість фінансових проблем, підхід до їх вирішення визначає і саме ставлення держави та суспільства до органів місцевого самоврядування.

Зміст фінансової діяльності держави полягає у формуванні, розподілі та використанні централізованих і децентралізованих фондів коштів держави, призначених для забезпечення виконання завдань та функцій держави.

Як зазначає А.А. Нечай, під «фондом» майже всі сучасні вчені-економісти розуміють грошові та/або матеріальні засоби, зосереджені в єдину сукупність з метою їх використання для певних цілей. Говорячи про публічні фонди, юристи-фінансисти мають на увазі певний різновид грошових фондів, під якими розуміють спеціально виділену, відносно відокремлену частину грошових коштів, призначених для задоволення різних видів публічного інтересу. До публічних фондів А.А. Нечай відносить: 1) фонди грошових коштів держави, у тому числі: державний бюджет, позабюджетні держфонди соціального страхування, держфонди страхування банківських вкладів населення; грошові резерви центральних банків країн, а також інші грошові фонди державної форми власності; 2) фонди грошових коштів органів місцевого самоврядування, а саме: місцеві бюджети, позабюджетні фонди органів місцевого самоврядування; грошові фонди бюджетних комунальних закладів і організацій; грошові фонди, які належать органам місцевого самоврядування і передані в оперативне управління іншим юридичним особам на основі нормативно-правового акта держави чи органів місцевого самоврядування; 3) фонди грошових коштів, за рахунок яких задовольняються суспільні інтереси, визнані державою або органами місцевого самоврядування, незалежно від форми власності цих фондів. До таких фондів належать всі види обов'язкового соціального страхування (включаючи недержавні пенсійні фонди, у яких акумулюються кошти другого рівня пенсійних системи), а також всі види фондів інших видів обов'язкового страхування громадян та/або юридичних осіб, які знаходяться в управлінні (або власності) приватних осіб на основі нормативно-правового акта держави або органів місцевого самоврядування¹.

Зазначена класифікація є детальною та чіткою і побудована з урахуванням особливостей кожного виду фондів грошових коштів.

Також А.А. Нечай, розглядаючи поняття, зміст та види грошових фондів, визначає квазіпублічні фонди, до яких відносить: 1) фонди приватних юридичних осіб, які забезпечують фінансування програм соціального страхування, а саме: накопичувальні пенсійні фонди, фонди страхових організацій, що надають добровільне медичне страхування, які знаходяться у приватній власності юридичних осіб; 2) фонди приватних страхових організацій, за рахунок яких забезпечуються різні види державного обов'язкового особистого страхування та обов'язкового страхування відповідальності, встановленого законом для певних груп осіб та/або видів діяльності; 3) грошові фонди юридичних осіб, заснованих на змішаних видах власності, в яких беруть участь держава, суб'єкти федерації та/або органи місцевого самоврядування. Це фонди акціонерних (або інших видів) товариств, акції (або частка статутного капіталу), яких належить державі, суб'єктам федерації та/або органам місцевого самоврядування, незалежно від розміру участі публічних суб'єктів. Мета їх створення — задоволення інтересів як публічних, так і приватних співвласників таких фондів; 4) фонди благодійних організацій, яким закон дозволяє збирати кошти серед необмеженого кола юридичних і фізичних осіб. Це фонди соціального призначення, що перебувають у приватній власності юридичних осіб, які створюються для задоволення приватних інтересів фізичних осіб. Їх формування, розподіл, управління та використання здебільшого регулюються нормами цивільного і господарського права².

Наведена класифікація дає можливість чітко визначити характеристики та систематизувати всі види фондів коштів держави відповідно до їх ознак, цільового спрямування та форми власності.

Н.Ю. Пришва до публічних фондів в Україні також відносить: 1) Державний бюджет України; 2) місцеві бюджети – бюджет Автономної Республіки Крим, обласні, районні бюджети, бюджети районів у містах, бюджети місцевого самоврядування (бюджети територіальних громад сіл, селищ, міст); 3) Пенсійний фонд України; 4) Фонд соціального страхування з тимчасової втрати працездатності; 5) Фонд загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття; 6) Фонд гарантування вкладів фізичних осіб; 7) цільові бюджетні фонди; 8) фонди коштів бюджетних установ (а саме: бюджетних установ, які наділені владними повноваженнями, зокрема це органи державної влади та місцевого самоврядування)³.

Як вже зазначалося, зараз в державі відбувається активний пошук додаткових джерел фінансування державних потреб, у тому числі і шляхом можливого створення нових цільових фондів грошових коштів.

Зокрема, це стосується законопроектів № 3899 від 17 липня 2020 р. «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо створення Державного фонду підтримки медицини, спорту, освіти, культури та науки» та № 3899-1 від 30 липня 2020 р. «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо створення Державного фонду підтримки медицини, спорту, освіти, культури, науки та туризму».

При цьому необхідно зазначити, що відповідно до ст. 7 Бюджетного кодексу України, яка визначає основоположні принципи побудови бюджетної системи України, одним із важливих її принципів є принцип повноти. Його сутність полягає в тому, що до складу бюджетів підлягають включенню всі надходження та витрати бюджетів, що здійснюються відповідно до нормативно-правових актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування.

Усі доходи бюджету повинні бути зараховані виключно до складу Державного бюджету України, а всі видатки здійснюватись також виключно з бюджету за напрямками, визначеними ст. 87 Бюджетного кодексу

України, яка також передбачає видатки на охорону здоров'я, фізкультуру і спорт, освіту, культуру, науку, туризм та інші видатки. Розмір цих видатків може бути збільшений при обговоренні та затвердженні Державного бюджету України.

Такий самий механізм встановлений і для місцевих бюджетів.

Водночас видатки, що передбачаються в зазначених законопроектах, стосуються важливої сфери фінансування, яка, безперечно, потребує фінансової підтримки. Така можливість передбачена ст. 13 Бюджетного кодексу України, яка встановлює, що бюджет може складатися із загального і спеціального фондів.

Розподіл бюджету на загальний та спеціальний фонди, їх складові частини визначаються Бюджетним кодексом України та Законом України «Про Державний бюджет України», рішеннями про місцеві бюджети. Платежі за рахунок спеціального фонду бюджету здійснюються в межах коштів, що фактично надійшли до цього фонду на відповідну мету⁴.

Слід зазначити, що за умови вирішення питання про створення нового Державного фонду для фінансування та підтримки сфери освіти, науки, культури, охорони здоров'я, спорту, туризму, крім джерел надходжень до нього необхідно передбачити порядок розподілу, затвердження, витрачання та контролю витрачання коштів такого фонду.

Також, як справедливо зазначає Т. Шолкова, особливої актуальності набуває пошук шляхів ефективного розпорядження наявними фінансовими ресурсами як на рівні держави, так і на рівні адміністративно-територіальних одиниць. Крім того, одне з основних місць, що сприятиме ефективному розпорядженню фінансовими ресурсами, посідає публічний фінансовий контроль. Оскільки при його проведенні можна буде виявити приховані резерви, неефективне та нецільове витрачання наявних ресурсів, забезпечити режим гострої економії і виробити шляхи виходу з економічного колапсу⁵.

Тому чітке визначення порядку розподілу, затвердження та витрачання цільових фондів коштів на законодавчому рівні є необхідною умовою для забезпечення належного контролю за їх ефективним використанням.

Висновки. Створення нових державних фондів для підтримки медицини, спорту, освіти, культури та науки повинно відповідати основоположним засадам бюджетного законодавства України. На наш погляд, підтримка зазначених сфер може бути вирішена також шляхом створення спеціального фонду в складі державного бюджету і шляхом збільшення обсягів фінансування в Законі про Державний бюджет України.

Водночас при створенні нових державних цільових фондів коштів необхідно визначити нові джерела доходів для них, а не переводити доходні джерела бюджету до цих фондів.

Крім того, у відповідних законопроектах слід обов'язково передбачити чіткий порядок затвердження, витрачання та контролю витрачання коштів таких фондів.

¹ Нечай А.А. Соотношение публичного и частного в регулировании динамики публичных расходов. *Учитель. Ученый...* / под ред Н.П. Кучерявенко. Харьков: Право, 2011. С. 276–277.

² Нечай А. Правові питання визначення, класифікації та регулювання квазіпублічних грошових фондів. *Право України*. 2016. № 3. С. 238–239.

³ Пришва Н.Ю. Публічні доходи: поняття та особливості правового регулювання. Київ: КНТ, 2008. С. 23.

⁴ Бюджетний кодекс України: Закон України від 8.07.2010 р. № 2456-IV (з наст. змінами). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2456-17/page> (дата звернення: 15.12.2018).

⁵ Шолкова Т. особливості правового статусу спеціального фонду місцевого бюджету в Україні. *Юридична Україна*. 2014. № 9. С. 29.

Резюме

Ісаєва Н.К. Деякі питання правового регулювання державних фондів в Україні як основи фінансової діяльності держави у сучасний період.

У статті розглядаються актуальні проблеми правового регулювання державних фондів в Україні як основи фінансової діяльності держави в сучасний період, який відзначається динамічним розвитком суспільних відносин та гострими кризовими явищами. Характеризуються особливості розвитку фінансової діяльності держави, її зміст та значення. Здійснено аналіз порядку створення та використання спеціального фонду бюджету і цільових державних фондів.

Ключові слова: державні фонди, бюджет, спеціальний фонд бюджету, фінансова діяльність держави, бюджетне законодавство України.

Резюме

Исаева Н.К. Некоторые вопросы правового регулирования государственных фондов как основа финансовой деятельности государства в современный период.

В статье рассматриваются актуальные проблемы правового регулирования государственных фондов в Украине как основы финансовой деятельности государства в современный период, который отличается динамичным развитием общественных отношений и острыми кризисными явлениями. Характеризуются особенности развития финансовой деятельности государства, ее содержание и значение. Проведен анализ порядка создания и использования специального фонда бюджета и целевых государственных фондов.

Ключевые слова: государственные фонды, бюджет, специальный фонд бюджета, финансовая деятельность государства, бюджетное законодательство Украины.

Summary

Nataliya Isaeva. Some issues of legal regulation of state funds in Ukraine as the basis of financial activity of the state in the modern period.

The article is devoted to current issues of legal regulation of state funds in Ukraine as the basis of financial activity of the state in the modern period, which are marked by the dynamic development of public relations and acute crisis phenomena. Features of development of financial activity of the state, its maintenance and value are characterized. The analysis of the order of creation and use of the special fund of the budget and target state funds is carried out.

Emphasis is placed on the growing role of financial activities of the state in the modern period, its importance and significance as a regulator of social, economic and political processes in society and the state.

The content of the financial activities of the state is the formation, distribution and use of centralized and decentralized funds of the state, designed to ensure the implementation of tasks and functions of the state. By enshrining the social rights of citizens at the constitutional level, the state undertakes to provide and support the relevant categories of the population in need of social assistance, establishes appropriate payments to citizens and, thus redistributes material benefits in their financial terms. The volume of financial activity of the state at the present stage of its development, the impact on social, economic, political processes in society and the state is constantly increasing, so it has largely outgrown its purely ancillary importance only as a means of ensuring the functioning of the state mechanism.

Objectively formed on the basis of commodity-money relations, the financial activities of the state had the same great potential for regulatory influence on the development of the state and society, as the commodity-money relations themselves.

Equally important is the financial activity of local governments, especially in the implementation of decentralization of power in Ukraine and increasing the role of local government in general. Moreover, the severity and intensity of financial problems, the approach to their solution determines the attitude of the state and society to local governments.

Attention is also drawn to the fact that the improvement of legal regulation of relations in the financial sphere is carried out in Ukraine together with the active search for additional sources to fill the state and local budgets, and the creation of other state trust funds.

It is noted that not all ideas and proposals for the creation of state trust funds, as well as draft laws based on such proposals and ideas are in line with current legislation of Ukraine and contain constructive provisions on changes that need to be made to the legislation to implement these proposals.

The relevant conclusions and proposals of the author on improving the legal regulation of state funds in Ukraine are substantiated.

Key words: state funds, budget, special budget fund, financial activity of the state, budget legislation of Ukraine.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.18

УДК 336.227

Д.Д. КОССЕ

*Дмитро Дмитрович Коссе, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана**

ORCID: 0000-0003-4012-1010

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ КОНТРОЛЮ АДМІНІСТРУВАННЯ ДОХОДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ РЕЗИДЕНТІВ УКРАЇНИ, ОТРИМАНИХ ПОЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ (ВАЛЮТНЕ ТА БАНКІВСЬКЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ)

Постановка проблеми. Світ все більше рухається до глобалізації. Процеси глобалізації здійснюються не тільки в межах переміщення фізичних осіб, їх подорожей, роботи, а й придбання ними нерухомості (квартир) в іноземних юрисдикціях, отримання доходів від нерухомості та різних пасивних доходів від наявності цінних паперів іноземних емітентів (корпоративних, наприклад, акцій компанії Apple, держаних, наприклад, облігації США), страхування подій, роялті, іншої інвестиційної діяльності, що не заборонена чинним українським та міжнародним законодавством.

Онлайн доступи к фінансовим ринкам, ринкам капіталу, отримання позик онлайн, отримання послуг через різного роду додатків, таких як UBER з однією функцією, але в різних країнах можливість торгівлі із України на торговельних площадках AMAZON, EBAY, ALIEXPRESS тощо дають зовсім інший підхід до економічних процесів, отримання доходу різними особами в різних юрисдикціях.

Таких процесів можна називати дуже багато, їх стає все більше з кожним днем. Але всі вони дають підґрунтя для формування актуального питання про адміністрування цих доходів, прозорість їх контролю, обліку та сплати податків, особами які отримують цей дохід, особливо фізичними особами.

Нині дуже складно навіть уявити, яким чином побудовано юридичні структури цих відносин, які є договори, який ланцюг постачання. Так, на AMAZON можна продавати товари, купуючи їх у Китаї, доставляючи їх в Канаду. А все управління цим процесом може здійснюватися із міста Житомира.

© Д.М. Коссе, 2020

* *Dmytro Kosse, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman*

Чи, наприклад, купуючи акції APPLE громадянин України інвестує в економіку США, отримує дохід від подорожчання акцій або отримання дивідендів від компанії, яка зареєстрована у Сполучених Штатах Америки, або торгує на біржі.

Чи, наприклад, фізична особа придбала нерухомість (квартиру) в Іспанії та отримує дохід від її використання за допомогою сервісів AIRBNB або BOOKING.

Таким чином, дуже важливими постають питання щодо визначення місця сплати податків (податкове резидентство фізичної особи), адміністрування доходів, з яких необхідно сплачувати податок, можливості податкової служби щодо контролю сплати цих податків та отримання інформації про ці доходи, розрахунок і сплата цих податків, враховуючи угоди про усунення подвійного оподаткування. Також важливим постає виконання резидентами України в цьому випадку валютного та банківського законодавства щодо використання коштів, майна, інших активів поза межами України, а також банками покладених в цьому випадку на них завдань та повноважень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в працях вітчизняних учених, зокрема, М.П. Кучерявенко, К. Бланкарта, Л.К. Воронової, Ю.Г. Демянчук, Р.Л. Дорнберг, І.В. Педь, І.Я. Олендер, А.В. Аронов, Т.А. Крушельницька, К.В. Кузнецов, П.О. Селезень та ін. Водночас, не применшуючи значення цих та багатьох інших досліджень, зазначимо, що їх дослідження здебільшого відображають загальні тенденції, правові проблеми та питання щодо оподаткування в цілому податками. При цьому значна увага науковців приділялася дослідженню міжнародних податкових договорів, конвенцій, особливо з питань уникнення подвійного оподаткування. Водночас можна зазначити, що така форма міжнародного співробітництва, як обмін податковою інформацією між державами, на сьогодні залишається не достатньо дослідженою.

Правове забезпечення отримання достатньої податкової інформації щодо доходів фізичних осіб за межами країни податкового резидентства, правильне та ефективне використання цієї інформації, ґрунтовне дослідження механізмів обміну податковою інформацією в країнах світу дасть можливість запропонувати шляхи й способи вдосконалення існуючих механізмів в Україні, що, у свою чергу, допоможе ефективніше адмініструвати податки та боротися з податковими ухиленнями, відкриє додаткові джерела для наповнення бюджету та справить позитивний вплив на імідж податкових органів України.

Формулювання мети статті. Стаття має мету відобразити існуючі правові проблеми в сфері контролю адміністрування податку з пасивних доходів фізичних осіб резидентів України поза межами України, на прикладі отримання доходів в Грецькій Республіці. Виявити та обґрунтувати необхідність комплексного правового підходу (поза межами однієї галузі законодавства) до проблеми визначення податкового резидента фізичної особи, виявлення інформації щодо доходів та майна, що є об'єктом оподаткування в Україні, та здійснити аналіз міжнародного законодавства і законодавства Європейського Союзу щодо автоматичного обміну податковою інформацією між країнами Європейського Союзу та третіми країнами на прикладі Греції й України та їх основної співпраці в сфері адміністрування податків фізичних осіб.

Виклад основного матеріалу. У контексті існуючих можливостей отримання доходів фізичною особою – резидентом України від здійснення інвестиційної діяльності, надання коштів у борг, можливих обмежених видів підприємницької діяльності поза межами території України, про які йшлося при обґрунтуванні актуальності статті, виникає комплексне питання щодо юридично правильного та ефективного здійснення такої підприємницької або інвестиційної діяльності.

По-перше, вся ця діяльність може здійснюватися в Україні (дома чи в офісі) чи в будь-якій точці світу, з використанням мережі інтернету. Наприклад, більшість американських брокерів відкривають рахунки онлайн і дають можливість управляти рахунками також онлайн. Нерухомість передбачає можливість її придбання за дорученням, яке можливо оформити в своїй країні та укладання договору на управління із місцевою компанією та надання послуг через сервіси Airbnb або Booking.

По-друге, отримання коштів у більшості випадків можливо за наявності розрахункового рахунку та кредитної або дебетової картки в будь-якому іноземному, краще європейському банку. Українські банки, на жаль, не можуть надати таку свободу переміщення та використання коштів у зв'язку зі значними обмеженнями, наприклад, система RAUPAL, яка використовується при розрахунках у всьому світі, не може застосовуватися з картами українських банків. Робити це через українські банки або іноземні банки, що знаходяться на території України, складно. Вивести кошти з території України – занадто складний процес. Перший передбачає е-декларування сум до 100 000 євро, але з обґрунтуванням коштів, дії, можливостей. Другий – це отримання ліцензії під кожен операцію¹.

Послуги з відкриття рахунків в іноземних банках європейські банки надають, прикладом можуть виступати польські банки, деякі з яких навіть сайти перевели українською мовою. Але відкриття онлайн рахунку, без присутності фізичної особи, перевірки фізичної особи в банку за принципом «знай свого клієнта» неможливо чи дуже складно. Тут необхідна присутність. Але українське громадянство та іноземний паспорт для подорожей дають можливість здійснити таку дію.

Але ці процеси не повинні сильно турбувати контролюючі органи, а от питання контролю адміністрування доходів для податків та оподаткування отриманих доходів такої фізичної особи повинно турбувати, а ще більше якщо ця особа, ще й отримує від держави соціальні пільги або виплати.

Знаходячись в Україні більшість часу та здійснюючи будь-яку із вищезазначених діяльності, фізичній особі необхідно виконати дві прості дії. Перша – це отримувати безготівкові кошти у вигляді доходу або

обігу від торгівельної діяльності. Друга – це мати кошти, щоб здійснювати купівлю товару, нерухомості або інші інвестиційні дії. Саме для цього фізичній особі необхідний розрахунковий рахунок в банку, за допомогою якого це можливо роботи із несуттєвими обмеженнями.

Таким чином, постає питання щодо банківського регулювання та правовий режим можливості відкриття розрахункового рахунку в іноземному банку за іноземним законодавством та отримати кредитну або дебетову картку. Іноземні рахунки передбачають більшу свободу дій із грошима.

Згідно з чинним українським законодавством податковому резиденту України не заборонено відкривати рахунки в іноземних банках, отримувати кредитні та дебітові карти. Якщо це здійснюється безкоштовно, то тут взагалі питань не виникає. При цьому відповідно до вимог законодавства іноземної держави необхідно подати пакет документів та особисто бути присутнім, у деяких випадках можна навіть не бути присутнім, але таких банків стає все менше. Для прикладу розглянемо країну Європейського Союзу – Грецьку Республіку.

Відкрити тут розрахунковий рахунок доволі просто. Рахунки відкриваються в тому числі нерезидентам країни, але необхідно обов'язково показати банківській установі, податковим резидентом якої країни є фізична особа та отримати грецький податковий номер, який у Греції називається АФМ. Усі інші документи є стандартними як для відкриття будь-якого розрахункового рахунку: паспорт або ID, заповнення анкети для встановлення відносин з банком, підпис договорів на розрахункове обслуговування.

Перші два документи (податковий номер та сертифікат про податкове резидентство) необхідні банку з двох причин: у разі отримання доходу на території Греції є номер, по якому слід сплачувати податки, та у яку країни з точки зору основного оподаткування необхідно буде відправляти інформацію щодо власника розрахункового рахунку в процедурі автоматичного обміну податковою інформацією.

Єдиний стандарт автоматичного обміну податковою інформацією (Automatic Exchange of Information – AEOI) розроблено у вигляді міжнародно-правового документа, який передбачає щорічний автоматичний обмін податковою та банківською інформацією щодо руху коштів на рахунках у банківських, страхових, брокерських тощо установах між державами (в тому числі фіскальними контролюючими органами), які впровадили у будь-який законний спосіб Багатосторонню конвенцію про співпрацю між компетентними органами з питань автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS (Common Reporting Standard – Єдиний стандарт з обміну податковою інформацією)².

Єдиний стандарт автоматичного обміну податковою інформацією розроблений ще у 2013 р. Організацією економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) і, як багато інших програм та розробок цієї організації, створений для боротьби з ухиленням від сплати податків. Перший автоматичний обмін даними згідно з цим стандартом між компетентними контролюючими органами держав, які прийняли Конвенцію, стався у вересні 2017 р. (за фінансовими показниками 2016 р.). І далі цей процес здійснюється щорічно.

Слід розуміти, що CRS стандарт не є імперативними та не являє собою норму права. Цей стандарт – показник для відповідних держав, які вирішили його впровадити до свого чинного законодавства. Способи впровадження можуть бути різними залежно від побудови системи оподаткування, контролю та адміністрування податків, фінансової та банківської системи в державі. Для того, щоб він став обов'язковим, кожна країна повинна в свій спосіб імплементувати цей стандарт до свого чинного законодавства. На сьогодні вже понад 100 країн світу взяли на себе зобов'язання виконувати вимоги CRS.

Слід розуміти, що стандарт передбачає як процедурні питання, так і безпосередньо інформацію, яку отримують та передають учасники стосовно збору податкової інформації, інформації щодо руху коштів по рахунках платників податків, ідентифікування бенефіціарів рахунків тощо. Так, по-перше, банки, страхові компанії, інвестиційні фонди та інші фінансові установи повинні ідентифікувати податкову резидентність своїх клієнтів. У разі виявлення того факту, що клієнт є податковим резидентом іншої країни-учасниці автоматичного обміну інформацією, на фінансову установу покладається обов'язок повідомити через компетентні органи своєї країни компетентні контролюючі органи країни свого клієнта певну фінансову інформацію, що підлягає розкриттю. Зазначена інформація відповідно до чинного законодавства держави повинна ставати не банківською таємницею в межах передачі її компетентним органам відповідної країни та відповідних країн. Як правило, у більшості країн, у тому числі в Європейському Союзі, вона перестає бути банківською таємницею шляхом підписання відповідних документів при відкритті рахунків безпосередньо фізичною особою.

По-друге, фінансові установи збирають інформацію про фінансову діяльність за рахунками фізичних та юридичних осіб, трастів і приватних фондів та передають її далі податковим органам всередині країни, які направляють цю інформацію в країну податкового резидентства власника рахунку.

По-третє, фінансові установи оцінюють статус компанії, тобто з'ясовують, є вона активною чи пасивною. Пасивною визнається компанія, в якій основний дохід (більше ніж половина) становить дохід від дивідендів, відсотків, роялті. Інформація такої компанії підлягає автоматичному обміну.

Варто зазначити, яку саме інформацію про рахунки своїх клієнтів (фізичних осіб) за відповідний звітний рік збирають фінансові установи. Це ім'я, адреса проживання, дата і місце народження, ідентифікаційний податковий номер власника рахунку, номери рахунків, всі види отриманих доходів від активної комерційної діяльності, дохід від пасивних інвестиційних операцій, залишки на рахунках на кінець відповідного звітного року. Також є ліміт до залишку на рахунках юридичних осіб у 250 тис. доларів США. Саме за наявності залишку в розмірі такої чи більшої суми на потенційно підзвітному рахунку юридичної особи інфор-

мація про такий рахунок передається податковому органу іншої держави згідно з CRS. Однак до рахунків фізичних осіб будь-який ліміт не застосовується, тобто інформація передається в будь-якому разі.

Греція приєдналася до цього стандарту та виконує його з обох боків і надає інформацію і збирає інформацію в межах Європейського Союзу. Так, важливими документами Європейського Союзу у сфері міжнародного співробітництва, що стосується обміну інформацією з питань оподаткування, є: Директива Ради ЄС 2011/16/EU від 15 лютого 2011 р. «Про адміністративне співробітництво в галузі оподаткування»³, що передбачає обмін податковою інформацією за запитом між країнами – членами ЄС, одночасні податкові перевірки у двох і більше країнах – членах ЄС, участь у податкових перевірках та вручення документів на території іншої країни – члена ЄС; Директива Європейського Парламенту та Ради ЄС 2005/60/ЄС від 26 жовтня 2005 р. «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму»⁴; Директива Ради ЄС 2003/48/ЄС від 3 червня 2003 р. «Щодо оподаткування доходу від накопичення заощаджень у формі виплати відсотків» (у редакції Директиви Ради ЄС 2014/48/EU від 24 березня 2014 р.). Норми цих директив частково в різній формі були імплементовані і в Україні.

На рівні Греції норми щодо автоматичного обміну податковою інформацією за стандартом CRS відображені також у Грецькому кодексі про податкові процедури (GCTP)⁵ та Грецькому кодексі про доходи (GITC)⁶.

Що ж до України, то українське законодавство щодо автоматичного обміну податковою інформацією за стандартом CRS лише на шляху впровадження. Відповідно до вимог Багатосторонньої конвенції про співпрацю між компетентними органами з питань автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS для приєднання до мережі багатостороннього автоматичного обміну інформацією Україна повинна здійснити чотири кроки:

1. Адаптувати національне законодавство до вимог стандарту CRS (виконано Україною частково) що передбачало:

– внесення змін до Податкового кодексу України та відповідного галузевого законодавства (**виконано**);
– прийняти підзаконні акти щодо форми та порядку подання звітності, переліку підзвітних фінансових установ, правил ідентифікації підзвітних рахунків тощо (**не виконано**).

2. Вибрати країни-партнери та підписати міжвідомчу угоду про автоматичний обмін інформацією про фінансові рахунки, депонування повідомлень та застережень у Секретаріат ОЕСР (**не виконано**).

3. Забезпечити дотримання вимог конфіденційності й захисту персональних даних: проходження Україною, в тому числі контролюючими органами (в першу чергу державною податковою службою) необхідних перевірок Глобального форуму ОЕСР (**не виконано**).

4. Автоматизувати і забезпечити технічні процеси збору та обміну інформацією: погодження формату збору й передачі інформації та даних, встановлення необхідного програмного забезпечення тощо (**не виконано**).

Вище зазначено виконання кожного з кроків на момент публікації статті. Слід підкреслити, що в 2020 р. в Україні було введено в дію договір про FATCA, який Україна і США уклали ще в лютому 2017 р. FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) – це закон США про податкову звітність по закордонних рахунках, який було прийнято для боротьби з ухиленням від сплати податків резидентами США. Тепер українські банки повинні ідентифікувати рахунки, контрольовані американськими платниками податків (фізичними і юридичними особами), і передавати інформацію про ці рахунки та їхніх власників до податкової служби США. Багато українських банків готувалися до цього заздалегідь. Тому для банківських клієнтів стало звичайною справою заповнювати опитувальники, в яких потрібно зазначати наявність або відсутність бенефіціарів-резидентів США, а до договорів банки включають положення про згоду клієнта на розкриття інформації за рахунком для виконання вимог FATCA. Відповідно до Угоди FATCA повинен відбутися односторонній автоматичний обмін податковою інформацією у вересні 2020 р. та буде стосуватися періодів, починаючи з липня 2014 р.⁷ На момент публікації статті не має інформації, чи відбулося це технічно, всі юридичні вимоги виконанні обома країнами.

Ця особливість (щодо автоматичного обміну податковою інформацією про клієнтів) примушує банк ставати контролюючим органом або агентом контролюючих органів щодо визначення саме податкового резидента фізичної особи. При цьому відповідно до вищезазначених документів це може визначатися просто на підставі документа, наприклад, сертифікату податкового резидентства, виданого уповноваженим державним органом (зокрема, урядом, його агентством чи муніципалітетом) у тій юрисдикції, резидентом якої є отримувач платежу або/та власник розрахункового рахунку згідно його заяви.

У випадку українського громадянина представник банку, побачивши паспорт громадянина України, може витребувати документ про податкове резидентство від українського офіційного органу, на якому проставлений апостиль. Зазначений документ кожен українець може отримати у відповідному підрозділі державної податкової служби за місцем своєї реєстрації.

Також банківський представник може, у разі сумнівів, перевіряти і такі дані: адресу місця проживання власника рахунку та поштову адресу, яка на даний момент зафіксована у документах фінансової установи; номер(и) телефону власника рахунку, який зафіксований у документах фінансової установи; чи наявні постійні інструкції стосовно переказу грошей з одного рахунку на інший; чи наявні поточні адреси «на ім'я» або адреси «до запитання», або адреси власника рахунку та чи є наявна будь-яка довіреність або право підпису щодо рахунку. Розгляд таких питань вже залежить від податкового законодавства конкретних країн.

Наприклад, яскравий приклад виникнення такого питання був у країні Європейського Союзу, в якій визначено, що перебування більш ніж 185 днів на території країни передбачає отримання статусу податкового резидента. У зв'язку з цим банк перевіряючи, що клієнт сплачував кредитною картою товари в магазинах, кафе протягом більш ніж 200 днів підряд, заблокував операції клієнта та надав інформацію до контролюючого уповноваженого органу, а фізична особа – клієнт був вимушений обґрунтувати, податковим резидентом якої країни він є. Але тут виникає інше питання: як він там знаходився протягом такого періоду. Але у випадку податкової інформації це не має значення та реально може призвести до питання визначення, в якій країні ця особа є податковим резидентом, і за законодавством якої країни має сплачувати податки.

Для прикладу: податки з доходу фізичних осіб у Греції практично в два рази вищі, ніж в Україні та мають прогресивну шкалу. Для доходів до 10 тис. Євро ставка невелика – 9 %, але при доході від 10 до 20 тис. Євро ставка становить 22 %, а при доході від 20 до 30 тис. Євро – 28 %, від 30 до 40 тис. Євро – 36 %, від 40 тис – 44 %⁸. Для пасивних доходів ставки дещо нижчі, але не порівняно вищі, ніж в Україні. Тому в нашому прикладі фізичній особі вигідніше сплачувати податки в Україні, а тому – бути податковим резидентом України.

Таким чином, по суті на банківську установу покладаються дуже великі повноваження, а відповідальність за невиконання цих вимог знаходиться в простій площині – блокування руху коштів на рахунок до моменту виявлення та розуміння відповідей на питання щодо податкового резидента і суті будь-якої операції.

Відповідно до податкового кодексу України довідка про податкове резидентство надається безпосередньо заявнику або представнику за довіреністю із визначенням країни, що надається протягом п'яти робочих днів. Після її отримання необхідно звернутися до органів юстиції для здійснення апостиля. Апостиль працює в більшості країн, які приєдналися до стандарту CRS.

Відповідно до Податкового кодексу України⁹ фізична особа – податковий резидент – це фізична особа, яка має місце проживання в Україні. Але існує й низка особливостей щодо визначення цього статусу в Україні. Так, наприклад, у разі якщо фізична особа має місце проживання також в іноземній державі, вона вважається резидентом, якщо така особа має місце постійного проживання в Україні. Якщо особа має місце постійного проживання також в іноземній державі, вона вважається резидентом, якщо має більш тісні особисті чи економічні зв'язки (центр життєвих інтересів) в Україні. У разі якщо державу, в якій фізична особа має центр життєвих інтересів, не можна визначити, або якщо фізична особа не має місця постійного проживання у жодній з держав, вона вважається резидентом, якщо перебуває в Україні не менше 183 днів (включаючи день приїзду та від'їзду) протягом періоду або періодів податкового року.

Достатньою (але не виключною) умовою визначення місця знаходження центру життєвих інтересів фізичної особи є місце постійного проживання членів її сім'ї або її реєстрації як суб'єкта підприємницької діяльності. Якщо неможливо визначити резидентський статус фізичної особи, використовуючи попередні положення цього підпункту, фізична особа вважається резидентом, якщо вона є громадянином України.

Якщо всупереч закону фізична особа – громадянин України має також громадянство іншої країни, то з метою оподаткування цим податком така особа вважається громадянином України, який не має права на залік податків, сплачених за кордоном, передбаченого ПКУ або нормами міжнародних угод України.

Громадянин розглядається як податковий резидент Греції відповідно до Грецького кодексу про податкові процедури (ГСТР) та Грецького кодексу про доходи (ГІТС)⁷ у разі якщо його економічні інтереси зосереджені в Греції (тут його бізнес, інвестиції, робота, інші основні джерела прибутків), працює в Греції, проводить в Греції не менше 185 днів протягом року, тут його основне місце проживання і сім'я.

Таким є вирішення першого питання щодо відкриття рахунку. При цьому слід розуміти, що після відкриття рахунку, на підставі чинного законодавства інформація про нього, обіг на рахунок, залишки на відповідну дату банківська установа, в нашому прикладі, Греції передає своєму у відповідній країні державному органу, що контролює сплату податків із наданням інформації про резидентство, а державний контролюючий орган в сфері оподаткування повинен буде передавати цю інформацію до державної фіскальної служби, в нашому випадку – України, в автоматичному режимі. Нагадуємо, що на сьогодні цей механізм не працює з боку України як з огляду на відсутність частини нормативно-правових актів, як вже зазначалося, так і у зв'язку із відсутністю технічних можливостей. Ця інформація зберігається в іноземних країнах і в будь-який момент буде передана в Україну. Це означає що державна фіскальна служба отримує інформацію про рахунки за межами України щодо кожного податкового резидента України. Інше питання, що фіскальна служба буде робити із цією інформацією. Також зазначаємо, що проаналізована вище процедура відкриття розрахункового рахунку в іноземній державі – для фізичної особи – нерезидента цієї держави, а не його використання або поповнення.

Другим питанням постає правовий режим валютного регулювання щодо використання та/або поповнення цього рахунку. Так, після відкриття розрахункового рахунку в іноземному банку на ньому повинні з'явитися кошти і, як правило, це не українська валюта, а валюта відповідної країни, наприклад, Євро в нашому прикладі та/або долари США. Саме ці валюти підходять для інвестування за межами України з метою отримання доходу. У Греції можливо використовувати обидві з них. Але всередині Греції при будь-яких розрахунках використовується лише Євро.

Є декілька способів «експорту» валюти за межі території України відповідно до чинного законодавства. Перша група способів – це безпосередній вивіз готівкової валюти через митний кордон України. Згідно з час-

тиною третьою ст. 197 Митного кодексу України обмеження щодо ввезення на митну територію України та вивезення за межі митної території України валютних цінностей, а також порядок переміщення їх через митний кордон України, у тому числі особливості декларування валютних цінностей (зокрема, визначення граничних сум валютних цінностей, які підлягають письмовому або усному декларуванню), можуть встановлюватися Національним банком України.

Відповідно до Закону України «Про валюту і валютні операції»¹⁰ встановлено, що валютні цінності – це національна валюта (гривня), іноземна валюта та банківські метали. Термін «банківські метали» вживається у значенні, визначеному Законом України «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними».

Транскордонне переміщення фізичними особами валютних цінностей у сумі, що дорівнює або перевищує еквівалент 10 000 євро за офіційним курсом валют, встановленим Національним банком України на день переміщення через митний кордон України, підлягає письмовому декларуванню центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову і митну політику, у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України¹¹.

Положенням про транскордонне переміщення валютних цінностей, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 2 січня 2019 р. № 3, встановлено, зокрема: фізична особа ввозить в Україну та вивозить за межі України готівкову валюту і банківські метали в сумі/вартістю, що не перевищує в еквіваленті 10 000 євро, без письмового декларування митному органу.

Фізична особа ввозить в Україну та вивозить за межі України готівкову валюту і банківські метали в сумі/вартістю, що дорівнює або перевищує в еквіваленті 10 000 євро, за умови її письмового декларування митному органу в повному обсязі.

Відповідно до частини шостої ст. 257 Митного кодексу умови та порядок декларування, перелік відомостей, необхідних для здійснення митного контролю та митного оформлення, визначаються останнім. Положення про митні декларації та форми цих декларацій затверджуються Кабінетом Міністрів України, а порядок заповнення таких декларацій та інших документів, що застосовуються під час митного оформлення товарів, транспортних засобів комерційного призначення, – центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику.

Абзацом шостим п. 8 Положення про митні декларації встановлено, що декларація транскордонного переміщення фізичними особами валютних цінностей (далі – Декларація транскордонного переміщення) використовується в таких випадках¹²:

- для декларування транскордонного переміщення фізичними особами валюти України, іноземної валюти та банківських металів у сумі, що дорівнює або перевищує еквівалент 10 000 євро;
- для письмового декларування фізичними особами платіжних документів та цінних паперів (акцій, облигацій, купонів до них, векселів (тратт), боргових розписок, акредитивів, чеків, банківських наказів, депозитних сертифікатів, інших фінансових та банківських документів), виражених у валюті України, в іноземній валюті або банківських металах, сумарна фактурна вартість яких перевищує суму, встановлену Митним кодексом для письмового декларування товарів, що переміщуються громадянами.

Форму бланка Декларації транскордонного переміщення затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 27 лютого 2019 р. № 203 «Деякі питання транскордонного переміщення фізичними особами валютних цінностей» (далі – Постанова № 203). Пунктом 2 Постанови № 203 встановлено, що бланки Декларації транскордонного переміщення можуть, у тому числі, виготовлятися фізичними особами шляхом роздрукування із застосуванням засобів комп'ютерної техніки або їх копіювання на папері формату А4 (210 x 296 міліметрів) за формою, затвердженою вищезазначеною постановою.

Згідно з порядком заповнення Декларації транскордонного переміщення, зазначеним на зворотному боці бланка декларації, разом із заповненою декларацією для митного контролю та митного оформлення товарів громадянином або уповноваженою особою подаються такі документи:

- документи, що посвідчують особу та підтверджують країну постійного проживання громадянина або уповноваженої особи;
- документи, що підтверджують зняття готівки з власних рахунків у банках та придбання особою банківських металів у банках та/або Національному банку, визначені в п. 18 постанови Правління Національного банку України від 2 січня 2019 р. № 5 «Про затвердження Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті», згідно з яким фізичні особи – резиденти здійснюють валютні операції з транскордонного переміщення валютних цінностей шляхом їх вивезення/пересилання за межі України в загальній сумі, що перевищує на день вивезення/пересилання в еквіваленті 10 000 євро, на підставі документів, що підтверджують:
 - зняття цією фізичною особою готівки з власних рахунків у банках і квитанції про здійснення валютно-обмінної операції з цією готівкою (у разі здійснення такої операції) виключно на ту суму, що перевищує на день вивезення/пересилання в еквіваленті 10 000 євро;
 - придбання цією особою банківських металів у банках та/або Національному банку виключно на ту суму, що перевищує на день вивезення/пересилання в еквіваленті 10 000 євро.

Документи, що підтверджують зняття готівки з власних рахунків у банках фізичними особами – резидентами з метою її вивезення, є чинними протягом 90 календарних днів із дня зняття ними готівки з власних рахунків у банках.

Таким чином, у разі експорту валютних цінностей до 10 000 євро на одну особу їх можна не декларувати, а у разі вивезення більшої суми необхідно її задекларувати та обов'язково обґрунтувати, що це за гроші, відкіля вони в особи та що вона з ними буде робити.

Друга група можливостей «експорту» – це безготівкові операції. Відповідно до п. 88 Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті, що затверджено постановою правління Національного банку України № 5 від 2 січня 2019 р. із змінами та доповненнями¹³, фізичній особі-резиденту України дозволяється здійснювати валютні операції з переказу коштів для здійснення інвестиції за кордон/розміщення коштів на власному рахунку за межами України/надання нерезиденту позики (поворотної фінансової допомоги) в іноземній валюті протягом календарного року на загальну суму, що не має перевищувати в сукупності 100 000 євро включно (еквівалент цієї суми в іншій іноземній валюті/гривні за офіційним курсом гривні до іноземних валют, установленим Національним банком на дату здійснення відповідної операції).

Ініціатор валютної операції для її проведення має звернутися до банку, у якому він має відкритий власний поточний рахунок, та подати відповідні документи, що підтверджують цю операцію. Документи, зазначені в п. 95 розділу IX цього Положення, можуть не подаватися в разі розміщення резидентом коштів на власному рахунку за межами України. Банк за умови відповідності поданих ініціатором документів та інформації вимогам законодавства України до проведення валютної операції надсилає до Національного банку запит в електронному вигляді, який має містити таку інформацію:

1) відомості щодо резидента (ініціатора валютної операції): прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), реєстраційний номер облікової картки платника податків, серія та номер паспорта, дата народження – для резидентів – фізичних осіб;

2) відомості щодо мети проведення валютної операції резидента: розміщення коштів на власному рахунку за межами України; здійснення інвестиції за кордон; надання нерезиденту позики, кредиту, поворотної фінансової допомоги;

3) відомості щодо суми валютної операції: найменування іноземної валюти/гривні, у якій здійснюється переказ; сума операції в одиниці цієї іноземної валюти/гривні;

4) відомості щодо отримувача переказу коштів та реквізитів його рахунку: найменування/прізвище, ім'я, по батькові (за наявності) отримувача переказу; країна місцезнаходження/постійного місця проживання отримувача переказу; найменування та країна місцезнаходження банку іноземної фінансової установи, де відкрито рахунок отримувача переказу.

Банк має право здійснити валютну операцію виключно після отримання від Національного банку засобами АІС «Е-ліміти» повідомлення та не пізніше наступного робочого дня після дня отримання банком цього повідомлення.

Іншим способом є отримання доходу за межами території України із відповідним оподаткуванням за вимогам чинного законодавства іноземної країни та подальшому використанню норм Угоди про усунення подвійного оподаткування, в нашому прикладі, Конвенції між Урядом України і Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно.

За порушення валютного законодавства в Україні передбачається юридична відповідальність. Так, перша група норм щодо відповідальності знаходиться у Кодексі про адміністративні правопорушення та Законі України «Про валюту і валютні операції». Відповідно до норм зазначених нормативних актів до фізичних осіб, посадових осіб уповноважених установ, посадових осіб юридичних осіб – заходи впливу у вигляді штрафів, передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення. Стаття 162-1 КпАП «Порушення порядку здійснення валютних операцій» зазначає, що правопорушенням є порушення порядку здійснення валютних операцій, ст. 164-2 «Порушення законодавства з фінансових питань», а саме порушенням визнається приховування в обліку валютних та інших доходів, непродуктивних витрат і збитків, відсутність бухгалтерського обліку або ведення його з порушенням встановленого порядку, внесення неправдивих даних до фінансової звітності, неподання фінансової звітності, несвоєчасне або неякісне проведення інвентаризацій грошових коштів і матеріальних цінностей, несвоєчасне подання на розгляд, погодження або затвердження річного фінансового плану підприємства державного сектору економіки та звіту про його виконання, перешкоджання працівникам органу державного фінансового контролю у проведенні ревізій та перевірок, невжиття заходів по відшкодуванню з винних осіб збитків від недостач, розтрат, крадіжок і безгосподарності. Штрафні санкції за порушення цих норм визначаються у вигляді штрафу з винної особи.

До другої групи заходів юридичної фінансової відповідальності за порушення валютного законодавства, а саме митних правил, належать штрафні санкції, встановлені Митним кодексом України від 11 липня 2002 р., де сума штрафу безпосередньо пов'язана із вартістю товарів, які і є предметом правопорушень. До складу таких валютних проступків у сфері порушення митних правил в Україні належить: проведення операцій з валютними цінностями, щодо яких митне оформлення незавершене, зміна їх стану; приховування від митного контролю валютних цінностей, які переміщуються через митний кордон України; переміщення через митний кордон валютних цінностей із використанням фальшивих документів (відповідних ліцензій) або засобів їх ідентифікації; переміщення через митний кордон України валютних цінностей, щодо яких встановлені визначені законодавством обмеження; користування та розпорядження без дозволу митного органу умовно випущеними валютними цінностями в інших цілях, ніж ті, щодо яких надані пільги з плате-

жив (історичні монети); подання недостовірних документів до митних органів, які надають пільги з метою їх отримання; надання документів із недостовірною інформацією, яка дає право на повернення оплачених митних платежів, або отримання виплат або їх повернення чи повернення у неповному обсязі без необхідних умов; порушення строків оплати митних платежів; не вивезення за межі України або не повернення в Україну валютних цінностей у випадках, коли згідно із митним режимом це є обов'язковим; переміщення валютних цінностей через митний кордон України повз митний контроль за відсутності ознак контрабанди; недекларування або недостовірне декларування валютних цінностей (за винятком визначених випадків) за відсутності ознак контрабанди; транспортування, охорона, придбання валютних цінностей, вивезених повз митний контроль із приховуванням від митного контролю, із фіктивним використанням документів без дозволу митних органів у цілях, непередбачених відповідним митним режимом та інші.

В обох випадках юридичної відповідальності є свої процедури, передбачені Митним кодексом України та Кодексом України про адміністративні правопорушення. Що стосується Греції, то відповідальність за порушення валютного законодавства до фізичних осіб відсутнє в цьому контексті.

Висновки. Таким чином, відповідно до чинного законодавства України та Греції фізична особа – резидент України має право відкривати та використовувати розрахункові рахунки для отримання доходу, здійснення інвестиційної діяльності, отримання пасивних доходів тощо при чіткому виконанні вимог законодавства обох країн. Інше питання – це цивільно-правові відносини, що виникають у такої фізичної особи з приводу отримання доходів та володіння майном, а також публічно-правові відносини з оподаткування доходів від такої діяльності й майна.

Чинне законодавство обох країн дає можливість отримувати інформацію про розрахункові рахунки, обіг на них, частково – про діяльність фізичних осіб через фінансові операції по рахунку, отриманих ними доходах та в подальшому їх оподаткуванні за запитом відповідних контролюючих органів. Фактично вищезазначене законодавство в сфері банківського та валютного регулювання дає основу для подальшого використання, нарахування, утримання та сплати податків у відповідній країні податкового резидентства фізичної особи та відповідно до угоди про усунення подвійного оподаткування.

За допомогою цієї нормативно-правової бази може створюватися механізм для контролю та адміністрування податків фізичних осіб незалежно від місця отримання доходів, місця здійснення діяльності, місця та розміру отриманих доходів від пасивних джерел доходів та інвестиційної діяльності. Зазначені норми покладають як на платника податків, так і на контролюючі органи можливості взаємодії в сфері оподаткування, при якому платнику податків буде складно не сплачувати податки, а для контролюючого органу спрощується порядок отримання інформації.

Конкретне правове забезпечення способів і можливостей використання зазначеної інформації слід розглядати через додаткові зміни в чинному українському законодавстві в процесі імплементації міжнародних угод та директив Європейського Союзу, які вже діють на території Греції та ще не в повному обсязі імplementовані на території України.

Як вже зазначалося, для приєднання до мережі багатостороннього автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS Україна повинна здійснити чотири кроки:

1. Адаптація національного законодавства до вимог стандарту CRS (**виконано частково**):
 - внесення змін до Податкового кодексу та галузевого законодавства (**виконано**);
 - прийняття підзаконних актів (форма та порядок подання звітності, перелік підзвітних фінансових установ, правила ідентифікації підзвітних рахунків тощо) (**не виконано**).
2. Вибір країн-партнерів та підписання міжвідомчої угоди про автоматичний обмін інформацією про фінансові рахунки, депонування повідомлень та застережень у Секретаріат ОЕСР (**не виконано**).
3. Забезпечення дотримання вимог конфіденційності й захисту персональних даних: проходження Україною (ДПС) необхідних перевірок Глобального форуму ОЕСР (**не виконано**).
4. Автоматизація і технічне забезпечення процесів збору та обміну інформацією: узгодження формату збору та передачі даних, встановлення необхідного програмного забезпечення (**не виконано**).

Правове забезпечення інтегрування зазначених норм у законодавство України дасть можливість прозоро бачити дії бізнесу та фізичних осіб поза межами території України, як це роблять контролюючі органи всередині країни, урегулює повноваження контролюючих органів України отримувати більш детальну інформацію всередині країни як по резидентам, так і по нерезидентам, трансформує поняття банківської таємниці.

¹ Деякі питання транскордонного переміщення фізичними особами валютних цінностей: постанова Кабінету Міністрів України від 27.02.2019 р. № 203. Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/203-2019-p#Text> (дата звернення: 30.10.2020); Положення про транскордонне переміщення валютних цінностей: постанова Правління Національного банку України від 2.01.2019 р. № 3 / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003500-19#Text> (дата звернення: 30.10.2020); Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті: постанова Правління Національного банку України від 2.01.2019 р. № 5 / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005500-19#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

² Багатостороння конвенція про співпрацю між компетентними органами з питань автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS. URL: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/> (Last accessed: 30.10.2020).

³ Стосовно обов'язкового автоматичного обміну інформацією у сфері оподаткування: Директива Ради Європейського Союзу 2014/107/ЄС від 9.12.2014 р. про внесення змін до Директиви 2011/16/ЄС / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_010-14#Text (дата звернення: 30.10.2020).

⁴ Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму: Директива 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_774#Text (дата звернення: 30.10.2020).

⁵ Податковий процесуальний кодекс Грецької Республіки: Закон № 4174/2013. *Урядовий вісник Грецької Республіки*. AD 170 від 26.07.2013. URL: http://www.publicrevenue.gr/kpi/static/doc/egkuglioi_n4172/kvdikasforologiaseisodimatos.html (дата звернення: 30.10.2020).

⁶ Greek Income Code (L. 4172/2013 "GITC"). *Урядовий вісник Грецької Республіки*. А 167 від 23.07.2013. URL: http://www.publicrevenue.gr/kpi/static/doc/egkuglioi_n4172/kvdikasforologiaseisodimatos.html (дата звернення: 30.10.2020).

⁷ Про ратифікацію Угоди між Урядом України та Урядом Сполучених Штатів Америки для поліпшення виконання податкових правил й застосування положень Закону США «Про податкові вимоги до іноземних рахунків» (FATCA): Закон України / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/229-20?lang=ru#Text> (дата звернення: 30.10.2020); Угода між Урядом України та Урядом Сполучених Штатів Америки для поліпшення виконання податкових правил й застосування положень Закону США «Про податкові вимоги до іноземних рахунків» (FATCA) / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/229-20?lang=ru#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

⁸ Greek Income Code (L. 4172/2013 "GITC"). *Урядовий вісник Грецької Республіки*. А 167 від 23.07.2013. URL: http://www.publicrevenue.gr/kpi/static/doc/egkuglioi_n4172/kvdikasforologiaseisodimatos.html

⁹ Податковий кодекс України від 2.12.2010 р. № 2755-VI / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 30.10.2020).

¹⁰ Про валюту і валютні операції: Закон України від 21.06.2018 р. № 2473-VIII / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2473-19#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

¹¹ Там само.

¹² Питання, пов'язані із застосуванням митних декларацій: постанова Кабінету Міністрів України від 21.05.2012 р. № 450 / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/450-2012-п#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

¹³ Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті: постанова правління Національного банку України № 5 від 2.01.2019 р. / Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України (дата оновлення: 30.10.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005500-19#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

Резюме

Коссе Д.Д. Правовий режим контролю адміністрування доходів фізичних осіб резидентів України, отриманих поза межами України (валютне та банківське забезпечення).

У статті розглянуто питання комплексного правового підходу щодо надання, отримання, використання податкової інформації щодо фізичних осіб податкових резидентів України, повноваження та можливості в цьому питанні банківських установ, митних і податкових органів. Визначені та проаналізовані процедури, чинні в Україні і в Грецькій Республіці на сьогодні, правові можливості отримання податкової інформації, можливості щодо встановлення та визначення правового статусу податкового резидента відповідно до законодавства обох країн.

Проведено правовий аналіз можливостей імплементації міжнародного податкового досвіду з цього приводу до українського законодавства та аналіз європейських норм на прикладі Грецької Республіки. Визначені можливі шляхи побудови системи для обміну податковою інформацією. Імплементація норм щодо багатостороннього автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS в українське законодавство дає можливість отримання податкової інформації про фізичних осіб – резидентів України, які мають рахунки, обіг на них поза межами України, можливості щодо додаткових доходів держави Україна та місцевих громад.

Ключові слова: адміністрування податків, автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS, податковий резидент, валютні операції, правовий режим оподаткування доходів фізичних осіб, е-декларування в Україні.

Резюме

Коссе Д.Д. Правовой режим контроля администрирования доходов физических лиц резидентов Украины, полученных за пределами Украины (валютное и банковское обеспечение).

В статье рассмотрены вопросы комплексного правового подхода к предоставлению, получению, использованию налоговой информации в отношении физических лиц налоговых резидентов Украины, полномочия и возможности в этом вопросе банковских учреждений, таможенных и налоговых органов. Определены и проанализированы процедуры, действующие в Украине и в Греческой Республике на сегодня, правовые возможности получения налоговой информации, возможности по установлению и определению правового статуса налогового резидента в соответствии с законодательством обеих стран.

Проведен правовой анализ возможностей имплементации международного налогового опыта в этом контексте в украинское законодательство и анализ европейских норм на примере Греческой Республики. Определены возможные пути построения системы для обмена налоговой информацией. Имплементация норм по многостороннему автоматическому обмену информацией по стандарту CRS в украинское законодательство дает возможность получения налоговой информации о физических лицах – резидентах Украины, которые имеют счета, обороты на них за пределами Украины, возможности дополнительных доходов государства Украина и местных общин.

Ключевые слова: администрирование налогов, автоматический обмен информацией по стандарту CRS, налоговый резидент, валютные операции, правовой режим налогообложения доходов физических лиц, е-декларирование в Украине.

Summary

Dmytro Kosse. Legal regime of control over the administration of income of individuals resident in Ukraine, received outside Ukraine (currency and banking).

The article considers the issues of a comprehensive legal approach to the provision, receipt, use of tax information on individuals of tax residents of Ukraine, the powers and opportunities in this matter of banking institutions, customs and tax authorities. Defined and analyzed procedures are in force in Ukraine and the Hellenic Republic today, the legal possibilities of obtaining tax information, the possibility of establishing and determining the legal status of a tax resident in accordance with the laws of both countries.

As a result of consideration of these issues, a conclusion was made about the need and relevance of a comprehensive legal approach to the automatic exchange of tax information, in the case of Ukraine ensuring the adoption of legislation not only in the tax sphere, but also in the confidentiality of personal data, currency legislation, in general, change the powers and status of the banking institution and its representatives who work with tax non-residents, or have legal ties with tax residents of other countries.

A legal analysis of the possibilities of implementing international tax experience in this regard to Ukrainian legislation, and an analysis of European norms, on the example of the Hellenic Republic. Possible ways to build a system for exchanging tax information are identified. The implementation of the rules on multilateral automatic exchange of information according to the CRS standard in Ukrainian legislation makes it possible to obtain tax information on individuals resident in Ukraine who have accounts, circulation outside Ukraine, opportunities for additional income of Ukraine and local communities.

Implementation of CRS standards should be carried out comprehensively within the integrated legal regime of various branches of law, in our case it is financial law (public branch of law), banking law (private branch of law), in part responsibility – administrative, criminal, currency law (public branch of law). But a comprehensive approach to implementation will allow you to work effectively with the receipt, processing and effectiveness of tax information.

Key words: tax administration, automatic exchange of information according to the CRS standard, tax resident, automatic exchange of tax information, currency transactions, legal regime of personal income taxation, e-declaration in Ukraine.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.19

УДК 346.7

В.Н. ПЕТРИНА

*Володимир Нестерович Петрина, кандидат юридичних наук, доцент Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0002-1093-7089

ІНВЕСТИЦІЙНА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. Інвестування (інвестиційна діяльність) є важливим чинником економічного розвитку України. Спеціальним законом, спрямованим на регулювання інвестиційної діяльності, є Закон України (далі – ЗУ) «Про інвестиційну діяльність» (далі – Закон). Частина 1 ст. 2 Закону зазначає, що «*інвестиційною діяльністю є сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій*», проте із даної дефініції неможливо з'ясувати, які ж саме суспільні відносини становлять інвестиційну діяльність як предмет правового регулювання, тобто інвестиційні відносини. Інші норми Закону також не дають визначення поняття інвестиційних відносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з інвестиційною діяльністю та її правовим регулюванням, розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, Р. Бойчука, О. Вінника, Л. Волкович, К. Гуменної, Д. Задихайла, В. Кудрявцевої, М. Овчиннікової, В. Поєдинок, А. Сухорукова, М. Чернухи та ін. Практично в кожному вищому навчальному закладі, що готує юристів, викладається навчальна дисципліна «Інвестиційне право» або «Правове регулювання інвестиційної діяльності» тощо. Проте у цих працях та в курсах навчальних дисциплін ґрунтовно, згідно з положеннями теорії права не визначено, що ж являє собою інвестиційна діяльність як предмет правового регулювання та не розкрито природу і склад інвестиційних правовідносин.

Формулювання мети статті. Виходячи з вищезазначеного, мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити, що являє собою інвестиційна діяльність як предмет правового регулювання та визначити склад інвестиційних правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що предметом правового регулювання є суспільні відносини¹. Таким чином, інвестиційна діяльність як предмет правового регулювання не може бути нічим іншим, ніж суспільними відносинами, тобто інвестиційними відносинами. Відомо, що одні правовідносини, у тому числі й інвестиційні, відрізняються від інших за їх складом. «*До складу правовідносин входять такі елементи: 1) суб'єкти; 2) об'єкти; 3) зміст*»². Таким чином, для того, щоб з'ясувати, які правовідносини є інвестиційними, ми маємо визначити, хто/що є суб'єктами, об'єктами та змістом таких правовідносин.

© В.Н. Петрина, 2020

* *Volodymyr Petryna, Ph.D. in Law, Associate Professor of the National Academy of Internal Affairs*

Суб'єкти інвестиційних правовідносин. «Суб'єкт правовідносин — це учасник правових відносин, який має суб'єктивні права та здатний виконувати юридичні обов'язки»³. Частина 1 ст. 5 Закону визначає суб'єктами інвестиційної діяльності (інвесторами і учасниками) громадян, юридичних осіб та державу. У юриспруденції інвестиційна діяльність визначається як різновид господарської діяльності⁴. Згідно з ч. 1 ст. 3 Господарського кодексу України (далі – ГКУ) господарську діяльність здійснюють суб'єкти господарювання. Виходячи з цього, суб'єкти інвестиційної діяльності, як діяльності господарської, за визначенням мають бути суб'єктами господарювання. Водночас згідно з ч. 2 ст. 55 ГКУ суб'єктами господарювання є тільки господарські організації – юридичні особи та громадяни, які зареєстровані як підприємці, а згідно з ч. 1 ст. 8 ГКУ «державна, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання». Таким чином, норми ч. 1 ст. 2 та ст. 5 Закону, визначаючи громадян, не зареєстрованих як підприємці, та державу суб'єктами інвестиційної діяльності, тобто суб'єктами господарювання, вступають у колізію з нормами ч. 2 ст. 55 ГКУ та ч. 1 ст. 8 ГКУ.

Усунути зазначені колізії можна шляхом заміни терміна «інвестиційна діяльність» на термін «інвестування». Адже термін «інвестиційна діяльність» не може не означати певні систематичні дії і, таким чином, згідно зі ст. ст. 42 та 52 ГКУ трактуватися як господарська діяльність. Заміна ж цього терміна на термін «інвестування» дасть змогу розглядати громадян, юридичних осіб та державу суб'єктами інвестиційних правовідносин (інвесторами і учасниками), а інвестування розглядати, залежно від складу цих правовідносин, і як цивільно-правові, і як господарсько-правові відносини.

У зв'язку з вищенаведеним треба зазначити, що Національний класифікатор України «Класифікація видів економічної діяльності» не передбачає такого виду економічної діяльності, як інвестиційна діяльність. Через це спеціальна реєстрація та облік осіб, які здійснюють інвестиційну діяльність і є, так би мовити, за статусом суб'єктами інвестиційної діяльності, в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, не здійснюється. Тому природно, що суб'єктом інвестиційних правовідносин (чи суб'єктом інвестиційної діяльності) можна вважати тільки того суб'єкта права, який фактично вступив у інвестиційні правовідносини. У свою чергу, для того, щоб визначитись, чи вступив фактично той чи інший суб'єкт права у інвестиційні правовідносини, необхідно знати, що ж є підставою виникнення інвестиційних правовідносин.

Підстави виникнення інвестиційних правовідносин. «Юридичний факт є підставою виникнення, зміни і припинення правовідносин»⁵. Норми ч. 2 ст. 7 та ст. 9 Закону дають змогу зробити висновок, що підставою виникнення інвестиційних правовідносин є такий юридичний факт, як договір. Однак із Закону не зрозуміло який саме вид договорів породжує інвестиційні правовідносини. Передбачені Законом права та обов'язки суб'єктів інвестиційної діяльності не належать до змісту договірних інвестиційних правовідносин, бо вони є правами і обов'язками певних суб'єктів не перед своїми контрагентами в інвестиційних правовідносинах, а перед державою в публічно-правових відносинах (наприклад, передбачений ст. 8 Закону обов'язок «сплачувати податки»). Тому за цими правами і обов'язками неможливо визначити, які види договорів породжують інвестиційні правовідносини. Проте з'ясувати це ми можемо із більш сучасних законодавчих актів.

Так, п. 14.1.81 Податкового кодексу України (далі – ПКУ) зазначає: «інвестиції – господарські операції, які передбачають придбання основних засобів, нематеріальних активів, корпоративних прав та/або цінних паперів в обмін на кошти або майно. Інвестиції поділяються на: а) капітальні інвестиції – господарські операції, що передбачають придбання будинків, споруд, інших об'єктів нерухомої власності, інших основних засобів і нематеріальних активів, що підлягають амортизації відповідно до норм цього Кодексу; б) фінансові інвестиції – господарські операції, що передбачають придбання корпоративних прав, цінних паперів, деривативів та/або інших фінансових інструментів»⁶ (надалі зазначені в п. 14.1.81 ПКУ активи будуть іменуватися як Інвестиційні активи). Придбання Інвестиційних активів в обмін на кошти та майно, про яке йдеться в п. 14.1.81 ПКУ, здійснюється на таких підставах: 1) придбання Інвестиційних активів в обмін на кошти – на підставі договорів купівлі-продажу; 2) придбання Інвестиційних активів в обмін на майно – на підставі договорів міни; 3) придбання таких Інвестиційних активів, як корпоративні права (крім корпоративних прав у акціонерному товаристві), в обмін на кошти та майно на, так званому, первинному ринку – на підставі установчих документів юридичних осіб-суб'єктів господарювання.

Інші, ніж договори купівлі-продажу та міни, договори не є підставою виникнення інвестиційних правовідносин. Наприклад, договори будівельного підряду чи договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт не передбачають придбання Інвестиційних активів в обмін на кошти чи майно. За цими договорами передбачається виконання певних робіт чи надання послуг (див. ст. ст. 837, 875 та 892 ЦКУ та Державний класифікатор продукції та послуг ДК 016:2010). Роботи ж та послуги не належать до Інвестиційних активів.

У зв'язку з вищенаведеним можна дійти висновку, що підставами виникнення інвестиційних правовідносин є: 1) договори купівлі-продажу*; 2) договори міни; 3) установчі документи суб'єктів господарювання.

* Якщо договір купівлі-продажу укладено між двома суб'єктами господарювання, то згідно із ст. 265 ГКУ такий договір може називатися договором поставки. Договір купівлі-продажу, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури публічних закупівель та передбачає платне придбання товару, що належить до Інвестиційних активів (наприклад, інших, ніж нерухоме майно, основних фондів), згідно з п. 6 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про публічні закупівлі» називається договором про закупівлю.

Договори, що за своєю юридичною природою (за визначенням ЦКУ) є договорами купівлі-продажу або міни, особливо якщо ці договори передбачають складний процес оплати/обміну Інвестиційних активів (наприклад, поетапна оплата будинку, який будується), на практиці часто називають інвестиційними договорами. На нашу думку, дана практика є прийнятною, бо така назва договорів дає зрозуміти, що за цими договорами набуваються Інвестиційні активи.

Через те, що законодавство України не визначає поняття та зміст інвестиційного договору, на практиці з певних причин інвестиційними договорами часом називають інші, ніж договори купівлі-продажу та міни, договори, які за своєю юридичною природою (за визначенням ЦКУ) є договорами підряду, договорами на виконання науково-дослідних робіт, договорами про надання послуг (в тому числі фінансових), договорами рахунку умовного зберігання (ескроу) тощо. На нашу думку, така практика не є прийнятною, бо дана назва договорів в цьому випадку вводить в оману, оскільки вищезгадані договори не слугують підставою придбання Інвестиційних активів.

Часто інвестиційними договорами називають договори, що містять у собі елементи договорів купівлі-продажу/міни та інших видів договорів і які згідно зі ст. 628 ЦКУ називаються змішаними. На нашу думку, дана практика є прийнятною, бо така назва договорів дає зрозуміти, що за цими договорами набуваються Інвестиційні активи.

Через те, що інвестиційні правовідносини є приватноправовими, вони не можуть виникати на підставі адміністративних актів: наказів, розпоряджень, проєктів (навіть якщо проєкти називаються інвестиційними) тощо.

Об'єкти інвестиційних правовідносин. *«Об'єкти правовідносин — це певні матеріальні, духовні та інші соціальні блага, з приводу яких між суб'єктами виникають, змінюються чи припиняються правовідносини»*⁷. За Законом є дві категорії соціальних благ, з приводу яких виникають інвестиційні правовідносини і які, таким чином, можуть бути віднесені до об'єктів інвестиційних правовідносин, — це інвестиції (ст. 1 Закону) та об'єкти інвестиційної діяльності (ст. 4 Закону). Згідно зі ст. ст. 1 та 4 Закону інвестиціями та об'єктами інвестиційної діяльності може бути будь-яке майно. Закон не містить відповідних критеріїв для розмежування понять «інвестиції» та «об'єкти інвестиційної діяльності» і в ньому ці два поняття змішалися. Через це за Законом інвестиційною діяльністю вважаються, наприклад, відносини двох громадян з обміну на ярмарці сала на сметану. Адже згідно з ч. ч. 1, 2 та 3 ст. 5 Закону обидва громадянина є суб'єктами інвестиційної діяльності (одночасно інвесторами і учасниками), бо кожен з них вклав одне майно, яке згідно з ч. 1 ст. 1 Закону визнається інвестицією, в інше майно, яке згідно з ч. 1 ст. 4 Закону визнається об'єктом інвестиційної діяльності. Ну, а відвідання ярмарки, придбання і споживання сала та сметани якраз і становить ту саму *«сукупність практичних дій громадян...щодо реалізації інвестицій»*, яка в ч. 1 ст. 2 Закону називається інвестиційною діяльністю. Не зважаючи на, здавалось би, жартівливий характер цього прикладу, за Законом він підпадає під ознаки інвестиційної діяльності.

Такий, так би мовити, дуалізм у визначенні Законом об'єктів інвестиційних правовідносин, на нашу думку, не є виправданим. Через те, що Закон приймався у вересні 1991 р., коли українські законодавці ще не мали досвіду функціонування в умовах ринкової економіки і не достатньою мірою розуміли її інститути, включаючи інвестування, його норми сформульовані значною мірою на підставі побутових уявлень про інвестування без врахування положень теорії права. У цьому зв'язку для визначення об'єктів інвестиційних правовідносин мають застосовуватися норми більш сучасних законодавчих актів, що вже ґрунтуються на концепціях ринкової економіки і за якими сало та сметана не є об'єктами інвестиційних правовідносин. Застарілі ж положення Закону мають бути приведені у відповідність до зазначених законодавчих актів.

До таких законодавчих актів належить ПКУ, згідно з п. 14.1.81 якого інвестиції — це не *«всі види майнових та інтелектуальних цінностей»*, як це передбачено Законом, а *«господарські операції, які передбачають придбання основних засобів, нематеріальних активів, корпоративних прав та/або цінних паперів в обмін на кошти або майно»*. Наведене визначення ПКУ відповідає тому, що розуміється під поняттям «інвестиція» в економічно розвинутих країнах. Так, наприклад, в американському Словнику ділових термінів поняття «інвестиція» (анг. *investment*) визначається як *«придбання корпоративних прав, облигацій, часток у спільних фондах, нерухомого майна, майнових прав тощо з метою отримання в майбутньому доходу або приросту капіталу»*⁸. Згідно з п. 14.1.81 ПКУ *«інвестиції поділяються на: а) капітальні інвестиції — господарські операції, що передбачають придбання будинків, споруд, інших об'єктів нерухомої власності, інших основних засобів і нематеріальних активів, що підлягають амортизації відповідно до норм цього Кодексу; б) фінансові інвестиції — господарські операції, що передбачають придбання корпоративних прав, цінних паперів, деривативів та/або інших фінансових інструментів»*⁹.

Таким чином, ґрунтуючись на нормах ПКУ, ми можемо дійти висновку, що соціальними благами, з приводу яких виникають інвестиційні правовідносини, тобто об'єктами інвестиційних правовідносин є: 1) будинки, споруди, інші об'єкти нерухомого майна; 2) інші, ніж об'єкти нерухомого майна, основні засоби; 3) нематеріальні активи, що підлягають амортизації відповідно до норм ПКУ; 4) корпоративні права, 5) фінансові інструменти (цінні папери, деривативи тощо).

У ПКУ (п.п. 14.1.55, 14.1.81-1 та ін.) та в цій статті об'єкти інвестиційних правовідносин часом називаються «інвестиційними активами».

Зміст інвестиційних правовідносин. *«Зміст правовідносин — це сукупність суб'єктивних прав і юридичних обов'язків учасників даних правовідносин... Суб'єктивні юридичні обов'язки, як і суб'єктивні права,*

суворо персоніфіковані. Вони адресовані не абстрактній особі чи особам, а покладаються на конкретного учасника чи учасників цілком визначених, конкретних правовідносин»¹⁰. З огляду на те, що підставою виникнення інвестиційних правовідносин можуть бути договори купівлі-продажу/міни або установчі документи, зміст конкретних інвестиційних правовідносин буде визначатися в кожному конкретному договорі або установчому документі. Проте можна зазначити загальні права та обов'язки, які є типовими для змісту інвестиційних правовідносин, що виникають на підставі певного виду актів.

Так, якщо підставою виникнення інвестиційних правовідносин є договір, який за своєю юридичною природою (за визначенням ЦКУ) є договором купівлі-продажу, то, на загал, змістом інвестиційних правовідносин згідно зі ст. 655 ЦКУ будуть наступні основні обов'язки сторін цього договору: обов'язок однієї сторони (продавця/учасника) передати певні Інвестиційні активи у власність другій стороні (покупцеві/інвестору), та обов'язок покупця/інвестора прийняти Інвестиційні активи та сплатити за них певну грошову суму.

Якщо підставою виникнення інвестиційних правовідносин є договір, який за своєю юридичною природою (за визначенням ЦКУ) є договором міни, то, на загал, змістом інвестиційних правовідносин згідно зі ст. 715 ЦКУ будуть наступні основні обов'язки сторін цього договору: кожна із сторін зобов'язана передати другій стороні у власність одне майно в обмін на інше майно, або іншими словами: інвестор зобов'язаний передати учаснику у власність певне майно в обмін на певні Інвестиційні активи.

На практиці права і обов'язки щодо придбання Інвестиційних активів часто включають до змішаних договорів, які часом називають інвестиційними договорами. За змішаними договорами основні права і обов'язки щодо придбання (купівлі-продажу або міни) Інвестиційних активів можуть бути тісно пов'язані з, так би мовити, додатковими правами і обов'язками щодо, наприклад, надання послуг. У даному разі, на нашу думку, такі додаткові права і обов'язки мають також належати до змісту інвестиційних правовідносин.

Якщо підставою виникнення інвестиційних правовідносин є відповідний установчий документ, то, на загал, змістом інвестиційних правовідносин будуть наступні основні обов'язки суб'єктів цих правовідносин: обов'язок однієї сторони (засновника/інвестора) передати відповідні кошти чи майно до статутного капіталу другої сторони (господарської організації/учасника) та обов'язок господарської організації/учасника надати засновнику/інвестору корпоративні права, передбачені ст. 167 ГКУ.

Як відомо, «суб'єкти правовідносин пов'язані між собою суб'єктивними правами і юридичними обов'язками. Сторони в правовідносинах виступають як уповноважені і зобов'язані особи, де права та інтереси одних осіб можуть бути реалізовані через виконання обов'язків іншими»¹¹. У цьому зв'язку треба звернути увагу на те, що передбачені ст. ст. 7 та 8 Закону права та обов'язки суб'єктів інвестиційної діяльності не пов'язані з правами і обов'язками інших суб'єктів інвестиційних правовідносин і тому не можуть належати до змісту інвестиційних правовідносин. Вони є або деклараціями, або стосуються адміністративних чи інших публічно-правових відносин. Наприклад, передбачене ч. 1 ст. 7 Закону право на «розміщення інвестицій у будь-яких об'єктах» не пов'язане з юридичними обов'язками інших учасників інвестиційних правовідносин, а є декларацією; передбачений ч. 2 ст. 8 Закону обов'язок «сплачувати податки» не пов'язаний із суб'єктивними правами інших учасників інвестиційних правовідносин і є також декларацією (бо Закон не може замість ПКУ встановлювати юридичні обов'язки зі сплати податків, у тому числі й податків з інвестиційних доходів) і так далі. Крім того, треба зазначити, що ст. 8 Закону, яка називається «Обов'язки суб'єктів інвестиційної діяльності», насправді, не встановлює обов'язків суб'єктів інвестиційної діяльності не тільки в інвестиційних правовідносинах, а й у публічно-правових відносинах, а тільки говорить про обов'язки суб'єктів інвестиційної діяльності виконувати обов'язки, передбачені іншими нормативно-правовими актами. Така конструкція норм Закону виглядає досить дивною.

Таким чином, як ми бачимо, Закон, фактично, не визначає прав і обов'язків суб'єктів інвестиційних правовідносин і у цьому зв'язку стверджується думка, що правове регулювання інвестиційних відносин не є метою цього Закону.

Висновки. Як предмет правового регулювання інвестиційна діяльність є інвестиційними правовідносинами. Інвестиційними є правовідносини, що виникають на підставі договорів купівлі-продажу/міни або установчих документів та мають наступний склад: суб'єктами можуть бути держава, територіальні громади, юридичні та фізичні особи; об'єктами є Інвестиційні активи; змістом є права і обов'язки суб'єктів інвестиційних правовідносин, визначенні в договорах купівлі-продажу/міни або в установчих документах, на підставі яких виникають інвестиційні правовідносини.

Інвестиційні відносини є приватноправовими і можуть бути як цивільно-правовими (правовідносини з купівлі-продажу або міни Інвестиційних активів за участю суб'єктів, зазначених у ст. 2 ЦКУ), так і господарськими. Господарськими інвестиційні правовідносини будуть вважатися за наступних умов: а) якщо вони виникають між суб'єктами господарювання з приводу Інвестиційних активів на підставі договорів купівлі-продажу або міни, то згідно із ч. 5 ст. 3 ГКУ вони будуть належати до господарсько-виробничих відносин; б) якщо вони виникають між суб'єктами господарювання-юридичними особами, з одної сторони, та державою (державними органами), або територіальними громадами (органами місцевого самоврядування), або юридичними чи фізичними особами (не підприємцями), з другої сторони, з приводу корпоративних прав на підставі установчих документів, то згідно із ч. 6 ст. 3 та ст. 167 ГКУ вони будуть належати до організаційно-господарських (корпоративних) правовідносин.

У Законі суть інвестиційної діяльності як предмета правового регулювання належним чином не розкрито, а поняття та склад інвестиційних відносин не визначені. У Законі немає норм, які б регулювали інвестиційні

відносини: більшість норм Закону мають декларативний характер, а незначна кількість наявних у Законі регулятивних норм спрямована на регулювання адміністративних відносин, пов'язаних з інвестиційними проєктами. Аналіз положень Закону приводить до висновку, що, фактично, функцією, яку він виконує, є не регулювання інвестиційних відносин, а, так би мовити, інфільтрація та закріплення в праві України концепції інвестиційного проєкту, як інструменту, що на практиці дозволяє особам, уповноваженим на виконання функцій держави, на свій розсуд витратити державні кошти для допомоги обраним ними суб'єктам господарювання, не будучи зв'язаними визначеними в законах правилами такого витрачання та оминаючи норми конкурентного права. Норми Закону носять суперечливий, колізійний характер, завдяки чому можуть використовуватись з метою обходу вимог правових актів, спрямованих на захист економічної конкуренції.

Так, наприклад, інвестиційна діяльність, що провадиться на основі державної підтримки для реалізації інвестиційних проєктів, про яку йдеться в ч. 2 ст. 2 та ст. 12-1 Закону, не є інвестиційними правовідносинами. Вона не передбачає здійснення інвестицій у тому значенні цього поняття, що дається в п. 14.1.81 ПКУ, тобто не передбачає придбання державою Інвестиційних активів. Фактично зазначені в ч. 2 ст. 2 та ст. 12-1 Закону дії є державною допомогою суб'єктам господарювання, що в ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» визначається як *«підтримка у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що створює або загрожує створенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності»*. У випадку, якщо така державна допомога надається не усім, а лише окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання, то згідно зі ст. 15 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» такі дії кваліфікуються як *«антиконкурентні дії органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю»* в такій формі, як *«надання окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання пільг чи інших переваг, які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи створення конкуренції»*. У міжнародному праві такі дії держави кваліфікуються як «заборонені субсидії», адже згідно зі ст. 3 міжнародної Угоди СОТ про субсидії та компенсаційні заходи *«члени СОТ не можуть ані надавати, ані зберігати»*. Так, зокрема, до заборонених субсидій згідно зі ст. ст. 1–3 зазначеної Угоди належать такі адресні субсидії, коли: *(i) уряд практикує пряму передачу грошових коштів (наприклад, дотацій, позик або вливань капіталу), потенційну пряму передачу грошових коштів або зобов'язань (наприклад, гарантій за позиками); ii) уряд відмовляється від доходів, що йому належать, або не стягує їх (наприклад, такі фіскальні стимулюючі заходи, як податкові кредити); iii) уряд надає товари та послуги, крім загальної інфраструктури, або закуповує товари або послуги»*¹², тобто фактично, все те, що в ст. ст. 2 та 12-1 Закону називається інвестиційною діяльністю на основі державної підтримки для реалізації інвестиційних проєктів. Таким чином, така, так звана «інвестиційна діяльність», виступає інструментом для обходу вимог правових актів, спрямованих на захист економічної конкуренції, зокрема, вимог ст. 42 Конституції України щодо забезпечення державою захисту конкуренції у підприємницькій діяльності*.

Низка норм Закону, в яких йдеться про фінансування державою робіт та послуг, що здійснюються/надаються державі суб'єктами господарювання, суперечить положенням ЗУ «Про публічні закупівлі» щодо публічних закупівель робіт та послуг. Так, зокрема, колізійними є норми ч. 3 ст. 2 Закону про інвестиційні проєкти з будівництва, ст. 3 Закону про інвестування інноваційної діяльності тощо.

З огляду на вищезазначене чинна редакція Закону, на нашу думку, сприяє формуванню в Україні корупційного середовища. *«Є багато прикладів державних інвестиційних проєктів, які жодним чином не допомагають економічному зростанню, а навіть навпаки – стають символом корупції та неефективності дій уряду»*¹³. Наявність в українському праві правових норм, що конфліктують з нормами міжнародного і національного конкурентного права та завдяки цьому створюють можливість особам, уповноваженим на виконання функцій держави, обходити норми конкурентного права і отримувати за це неправомірну вигоду, призводить до того, що Україна знаходиться внизу світових рейтингів за такими показниками, як ефективність антимонопольної політики (англ. effectiveness of anti-monopoly policy)¹⁴ та сприйняття корупції (англ. corruption perception)¹⁵. В економічно розвинутих країнах немає подібних Закону законодавчих актів. Там зазвичай приймаються закони, які регулюють порядок інвестування в ці країни нерезидентами, наприклад, Закон про Інвестування в Канаду (англ. Investment Canada Act). В Україні таким законом є ЗУ «Про режим іноземного інвестування».

Для того, щоб усунути створені Законом колізії в законодавстві та позбавити певних осіб, включаючи тих, які уповноважених на виконання функцій держави, можливостей маніпулювати його нормами з метою обходу вимог конкурентного права та отримання неправомірної вигоди, до Закону треба внести, зокрема, наступні зміни:

- привести визначення поняття «інвестиції» у відповідність до норм ПКУ;
- дати визначення поняття «Інвестиційні активи» відповідно до норм ПКУ, визначивши їх як об'єкти інвестиційних правовідносин, та виключити із Закону поняття «об'єкти інвестиційної діяльності»;
- у назві і скрізь по тексті Закону термін «інвестиційна діяльність» замінити терміном «інвестування», визначивши його як «правовідносини, які виникають на підставі договорів купівлі-продажу або міни Інвес-

* Тут варто зауважити, що вимог/функцій щодо здійснення державою інвестиційної діяльності Конституція України не передбачає.

тиційних активів, або на підставі установчих документів суб'єктів господарювання при їх заснуванні та внесенні коштів та/або майна до статутного капіталу таких суб'єктів господарювання»;

– виключити із Закону усі норми, що суперечать законодавству про публічні закупівлі, зокрема ті, в яких йдеться про державне замовлення та про інвестування робіт і послуг (зокрема, про інвестиційні проекти будівництва, інвестування інноваційної діяльності тощо);

– інвестиційна діяльність, що провадиться на основі державного інвестування, має постати не як передбачена зараз ч. ч. 1, 2 та 3 ст. 2 Закону загадкова сукупність невизначених Законом практичних дій по витрачання державних коштів, яка зветься державним інвестиційним проектом, а як чітко структуровані правовідносини з придбання державою Інвестиційних активів. Тобто при придбанні державою Інвестиційних активів особи, уповноважені на виконання функцій держави, мають керуватися не інвестиційними проектами, в яких будуть визначатися права і обов'язки певних учасників проектів, а нормами прописаних в Законі процедур (на зразок того, як це зроблено в ЗУ «Про публічні закупівлі»). Закон має встановити чіткі процедури придбання державою кожного виду Інвестиційних активів, що ще не охоплені ЗУ «Про публічні закупівлі»* (наприклад, процедуру закупівлі нерухомого майна; процедуру закупівлі нематеріальних активів, що підлягають амортизації відповідно до норм ПКУ; процедуру закупівлі корпоративних прав, процедуру закупівлі фінансових інструментів), визначивши конкретні права і обов'язки суб'єктів цих правовідносин, зокрема, осіб, уповноважених на виконання функцій держави;

– поняття «інвестиційна діяльність, яка провадиться на основі державної підтримки для реалізації інвестиційних проєктів», що передбачене ч. 2 ст. 2 та ст. 12-1 Закону, і норми, що на ньому ґрунтуються, мають бути виключені.

¹ Юридична енциклопедія: в 6-ти т. / ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова). Київ : Українська енциклопедія імені М.П. Бажана, 2003. Т. 5: П-С. С. 736. С. 40.

² Кириченко В.М., Куракін О.М. Теорія держави і права. URL: <http://pidruchniki.ws/16011013/pravo/pravovidnosini> (дата звернення: 12.07.2020).

³ Там само.

⁴ Вінник О.М. Інвестиційне право: навч. посіб.: Аттика, 2000. С. 264. С. 5.

⁵ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник. URL: https://pidruchniki.com/1942120343147/pravo/obyekti_pravovidnosin (дата звернення: 12.07.2020).

⁶ Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 12.07.2020).

⁷ Кириченко В.М., Куракін О.М. Теорія держави і права. URL: <http://pidruchniki.ws/16011013/pravo/pravovidnosini> (дата звернення: 12.07.2020).

⁸ Friedman Jack P. Dictionary of Business Terms. Second Edition. USA: Barron's Educational Series, Inc., 1994. P. 692. P. 313.

⁹ Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 12.07.2020).

¹⁰ Зайчук О.В., Оніщенко Н.М. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2006. URL: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/zmist.htm (дата звернення: 12.07.2020).

¹¹ 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. 584. С. 336. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI_2009/TEorijaDerjav_2009.pdf (дата звернення: 12.07.2020).

¹² Угода про субсидії та компенсаційні заходи: міжнар. док. від 15.04.1994 р. / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_015 (дата звернення: 12.07.2020).

¹³ Федорчак О. Проблеми державного інвестування в Україні. *Bulletin of the NAPA under the President of Ukraine (Series "Public Administration")*. 2017. № 4. С. 45–55. С. 46. URL: <http://visnyk.academy.gov.ua/pages/dop/74/files/01502d68-86dd-4dcd-9c8a-fe697330c2fb.pdf> (дата звернення: 12.07.2020).

¹⁴ The Global Competitiveness Report 2017–2018. The World Economic Forum. URL: <http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf> (дата звернення: 12.07.2020).

¹⁵ Corruption Perceptions Index (2018). Transparency International 2018. URL: <https://www.transparency.org/cpi2018> (дата звернення: 12.07.2020).

Резюме

Петрина В.Н. Інвестиційна діяльність як предмет правового регулювання.

У статті представлено результат теоретичного дослідження інвестиційної діяльності як предмета правового регулювання. Зокрема, визначено, що інвестиційна діяльність як предмет правового регулювання являє собою інвестиційні правовідносини, що виникають на підставі договорів купівлі-продажу/міни або на підставі установчих документів та мають наступний склад: суб'єктами є суб'єкти права (держава, юридичні та фізичні особи); об'єктами є основні засоби, нематеріальні активи, що підлягають амортизації відповідно до норм законодавства, фінансові активи (цінні папери, деривативи тощо) та корпоративні права; змістом є права і обов'язки суб'єктів інвестиційних правовідносин, визначені в договорах купівлі-продажу/міни або в установчих документах, на підставі яких виникають інвестиційні правовідносини.

Ключові слова: інвестиційна діяльність, інвестиції, інвестиційні правовідносини, склад інвестиційних правовідносин, суб'єкти інвестиційних правовідносин, об'єкти інвестиційних правовідносин, зміст інвестиційних правовідносин.

* Тобто тих Інвестиційних активів, що зазначені в ч. 5 ст. 3 ЗУ «Про публічні закупівлі».

Резюме

Петрина В.Н. Инвестиционная деятельность как предмет правового регулирования.

В статье определено, что инвестиционная деятельность как предмет правового регулирования представляет собой инвестиционные правоотношения, которые возникают на основании договоров купли-продажи/мены либо на основании учредительных документов и имеют следующий состав: субъектами являются субъекты права (государство, юридические и физические лица); объектами являются основные средства, нематериальные активы, которые подлежат амортизации в соответствии с нормами законодательства, финансовые активы (ценные бумаги, деривативы и т.п.) и корпоративные права; содержанием являются права и обязанности субъектов инвестиционных правоотношений, определенные в договорах купли-продажи/мены либо в учредительных документах, на основе которых возникают инвестиционные правоотношения.

Ключевые слова: инвестиционная деятельность, инвестиции, инвестиционные правоотношения, состав инвестиционных правоотношений, субъекты инвестиционных правоотношений, объекты инвестиционных правоотношений, содержание инвестиционных правоотношений.

Summary

Volodymyr Petryna. Investment Activities as the Subject Matter of Legal Regulation.

In Ukrainian legislation there is the Act on Investment Activities passed by Ukrainian Parliament in September 1991. This Act defines the Investment Activities as a complex of practical actions of natural persons, artificial persons and states on realization of investments. From legal perspective this definition makes no sense, since Ukrainian law does not define/explain what "practical actions on realization of investments" means. In this regard the author of this paper has tried to clarify how the notion Investment Activities can be explained from the legal point of view, i.e. by way of legal concepts and terms.

The author, based on Ukrainian legal concept providing that the subject matter of legal regulation shall be social relationship, provides that from legal perspective the Investment Activities is not a set of practical actions, but specific social relationship called Investment Relationship.

Further the author specifies the Investment Relationship as follows. Subjects of Investment Relationship may be natural and legal persons, including the central and local governments. The objects of the Investment Relationship may be tangible and intangible assets that can be amortized as well as stock, securities, derivatives and the like. The substance of the Investment Relationship are the rights and responsibilities of the subjects of the Investment Relationship specified in the contracts and the constitutional documents of corporations based on which the Investment Relationship raised.

Based on the said analysis the author advises to amend the Act on Investment Activities as follows. To replace the term Investment Activities with the term Investment. To replace the definition of the term Investments specified as any type of property with the definition of the said term given in the Tax Code of Ukraine defining the investments as purchase of tangible and intangible assets that can be amortized as well as stock, securities, derivatives and the like.

The author specifies that the Investment Activities by its nature are private legal relations and so they may not arise from administrative/imperative acts regardless that the Act on Investment Activities may advise to the contrary.

Key words: investment activities, investments, investment relationship, composition of investment relationship, subjects of investment relationship, objects of investment relationship, substance of investment relationship.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.20

УДК 342.922

К.С. ТОКАРЕВА

*Ксенія Сергіївна Токарева, кандидат юридичних наук, доцент Національного авіаційного університету**

ORCID: 0000-0001-5705-5211

ПИТАННЯ ОБ'ЄКТА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МЕДІАЦІЇ

Постановка проблеми. Трансформація суспільних відносин формує нові виклики та протиріччя. Виникають нові способи комунікації та налагодження відносин. Одним із них є медіація – альтернативний спосіб вирішення конфлікту (спору) за участі третьої нейтральної неупередженої та незалежної особи. Як новий соціальний інститут, медіація зумовлює потребу в існуванні певного правового регулювання. Оскільки регулювання медіації здебільшого вивчають з точки зору цивілістичної доктрини, вбачаємо необхідним розглянути відносини, які складаються в процесі застосування медіації до спорів в адміністративному праві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Досліджувана проблема мала своє відображення у працях таких вчених, як С.С. Білуги, І.А. Філіпової, В. Галунько, А.Н. Кузбагаров, В.О. Аболоніна, Н. Кучерук, О.Р. Скопенко, Д.Д. Заріпова, В.В. Яковлев, Т. Кисельова, Н. Крестовська, Л. Романадзе та інших. Водночас, не применшуючи значення цих інших досліджень, зазначимо, що відсутнє повне розуміння елементів об'єкта саме адміністративно-правового регулювання медіації.

© К.С. Токарева, 2020

* *Ksenia Tokarieva, Ph.D. in Law, Associate Professor of the National Aviation University*

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб сформулювати основні теоретичні положення про об'єкт адміністративно-правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Сутність регулювання є усвідомлена, активна, цілеспрямована, інтелектуальна, управлінська діяльність людей, зорієнтована на підтримку рівноваги об'єкта управління – соціальних відносин, та на його розвиток шляхом створення приписів, виходячи з такого об'єкта¹. Досить змістовними є напрацювання І.М. Шопіної, яка розглядає правове регулювання з точки зору різних підходів: в інструментальному аспекті як елемент правового впливу держави на суспільні відносини шляхом застосування правових засобів з метою впорядкування, закріплення, охорони та розвитку таких відносин; з теорії позитивного права як нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини шляхом застосування правових засобів та за допомогою використання правових явищ (принципів права, правової культури тощо); в інституційному аспекті як процес, результатами якого є здійснення правового впливу на суспільні відносини державою; у нормативно-юридичному аспекті як здійснення впорядкування суспільних відносин за допомогою спеціальних юридичних засобів, що включає їх юридичне закріплення, охорону, контроль та відновлення; у діяльнісному аспекті як діяльність держави щодо встановлення обов'язкових до виконання юридичних норм поведінки суб'єктів права їх реалізації у певних відносинах та застосування державного примусу до правопорушення з метою досягнення правопорядку².

Щодо такого різновиду правового регулювання, як адміністративно-правове регулювання, воно має принципову особливість – власний предмет, особливу групу суспільних відносин, які виникають, розвиваються та припиняються у сфері державного управління. Сутність адміністративно-правового регулювання є цілеспрямований вплив адміністративно-правових засобів, закріплених у чинному законодавстві, на суспільні відносини у сфері державного управління³. Варто розглянути об'єкт адміністративно-правового регулювання медіації як основний елемент змісту такого регулювання.

Як стверджує С.Г. Дроб'язко, об'єктом правової регламентації є людина як носій суспільних відносин та реальні умови, в якій вона живе і діє⁴. Категорія «об'єкт правового регулювання» розкриває сферу можливого та належного регулювання й слугує основою розуміння змісту та меж правового регулювання. Своєчасна зміна меж регулювання має прикладне значення та є головним завданням для зміцнення правопорядку. Предмет правового регулювання охоплює систему правових норм, які варто розглядати як специфічні інститути і виражає ідею нормативно-правового акта. Дослідження об'єкта правового регулювання повинні забезпечувати соціальну ефективність юридичної основи правопорядку⁵.

Суспільні відносини, які становлять об'єкт адміністративно-правового регулювання, підлягають впорядкуванню, охороні та розвитку відповідно до об'єктивних потреб. Таким об'єктом є лише ті управлінські відносини (суспільні відносини у сфері державного управління), які об'єктивно потребують правового регулювання та можуть бути врегульовані нормою права, індивідуальними правозастосовними актами, адміністративними договорами, актами реалізації прав і обов'язків, діловими звичаями⁶.

На нашу думку, одним із об'єктів адміністративно-правового регулювання варто визначити суспільні відносини, які виникають у сфері медіації, оскільки такі відносини об'єктивно вимагають правового регулювання відповідно до суспільних потреб: покращення доступу до правосуддя, розвантаження судової системи, пониження соціальної напруги та рівня конфліктності у суспільстві тощо.

В.В. Юровська зазначає, що правовідносини в загальному розумінні – це специфічні суспільні відносини, учасники яких виступають носіями прав і обов'язків, урегульованих нормами права, і потребують державного контролю та управління. Вони закріплюють коло осіб, на яких зараз поширюється дія юридичних норм, та певну поведінку, якої повинні дотримуватись особи⁷.

Для повного розуміння правовідносин як юридичної форми конкретних суспільних відносин Е.І. Іванов наводить певні характерні ознаки даного поняття: завжди існують як відносини між конкретними особами; юридично закріплюються взаємну поведінку їх учасників; регулюються нормами права, встановленими державою; забезпечується державним примусом⁸.

Ю.В. Розман справедливо зазначає, що відносини, які виникають у процесі здійснення медіації, є формою реалізації права суб'єктів нейтралізувати конфлікт будь-якими законними методами, які визначені ними як пріоритетні. Під час здійснення процедури медіації всі учасники діють відповідно до процесуальних взаємовідносин, що є реалізацією прав та обов'язків, передбачених регламентом посередництва⁹. Ми погоджуємося з думкою В.В. Яковлева, що елементами правовідносин у сфері здійснення медіації виступають суб'єкт, об'єкт, зміст (суб'єктивні права та обов'язки суб'єктів правовідносин), юридичні факти, які тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення правовідносин у сфері здійснення медіації¹⁰.

Щодо суб'єктів відносин у сфері медіації, М. Владімірова вважає, що такими суб'єктами є сторони, медіатор та представники (адвокати) сторін. Науковець виділяє види відносин у сфері медіації, такі як правовідносини між сторонами конфлікту; правовідносини між сторонами та медіатором; правовідносини між представниками та медіатором; правовідносини між сторонами та судом тощо. До того ж, специфіка таких відносин залежить від етапу проведення процедури: до початку медіації, під час проведення процедури, під час укладання угоди за результатами медіації та під час звернення сторін до суду у випадку неуспішної медіації¹¹.

Складність суб'єктного складу відносин у сфері, на думку Т. Кисельової, пов'язана з тим, що необхідно регулювати відносини кожної зі сторін з медіатором; медіатора та сторін – з організацією, що забезпечує проведення медіації; медіатора, сторін спору та організації медіаторів – із судовими органами¹². Виходячи з

цього, суб'єктами адміністративно-правових відносин у сфері медіації варто визначити сторони спірних відносин (фізичні та юридичні особи), одна з яких має владні повноваження та незалежного медіатора.

Сторони медіації – це фізичні або юридичні особи, які для вирішення існуючого між ними спору чи конфлікту уклали договір з медіатором про надання ним послуг із медіації¹³. Тоді як медіатор – нейтральна, незаінтересована та незалежна особа, яка допомагає сторонам напрацювати спільне розуміння конфлікту та діяти у напрямі врегулювання спору, виявити спірні відносини й можливі варіанти їх рішення, які будуть задовольняти всіх учасників конфлікту¹⁴.

Оскільки професійна підготовка медіатора є дискусійним питанням у науковій площині, ми розглядаємо можливість виконання функцій посередництва представниками різних юридичних професій:

1) медіатор-адвокат як принципово новий та досить перспективний самостійний вид адвокатської діяльності. Під час здійснення медіації в публічно-правових спорах існує велика вірогідність, що представляє орган публічної влади у позасудовому вирішенні такого спору буде працівник юридичної служби цього органу. У такому випадку вбачається доцільною наявність юридичної освіти у медіатора, який міг би дотримуватися балансу інтересів сторін за таких умов, коли інша сторона, не маючи владних повноважень, не в змозі залучити професійного юриста в якості свого представника. Тож адвокат як особа, яка має широкі професійні знання, навички та досвід у сфері права, може ефективно виконувати роль посередника.

У випадку проведення адвокатом медіації його діяльність як посередника, на відміну від діяльності у судочинстві, буде полягати у наданні допомоги з питань проведення та безпосереднього сприяння у проведенні процедури посередництва усім сторонам правового спору на рівних засадах, а не виключно в наданні професійної допомоги лише одній зі сторін конфлікту. Тобто під час проведення медіації адвокат у ролі посередника не є ані особою, уповноваженою вирішити спір, ані представником або консультантом однієї зі сторін конфлікту. Неупередженість є елементом персонального сприйняття адвоката-медіатора учасниками спору. Тобто, будучи медіатором, адвокату потрібно змінювати установку на застосування права в інтересах лише однієї зі сторін спору та виходити з того, що тільки самі сторони можуть врегулювати існуючий спір і визначити, чи є ті чи інші умови прийнятними для них¹⁵;

2) медіатор-нотаріус. На думку О.Р. Скопенка, основні принципи медіації збігаються із основними принципами нотаріату. Серед них: добровільність, нейтралітет та неупередженість посередників, незалежність від інших осіб, підвищена відповідальність за свої дії, повний контроль за результатами процедур, конфіденційність, широке коло можливих оптимальних рішень спору. На думку автора, нотаріус у силу своїх професійних зобов'язань цілком може виконувати функції медіатора, оскільки у своїй професійній діяльності досить часто повинен поєднувати різні інтереси сторін у спільне рішення. Окрім цього, нотаріус може надати кваліфіковану юридичну допомогу, юридичний супровід сторонам конфлікту для забезпечення їх прав та інтересів¹⁶. Цю ж позицію відстоює Д.Д. Заріпова, яка також стверджує, що в практиці нотаріусів іноді при зверненні за нотаріальним посвідченням угоди між її сторонами не досягнуто згоди за окремими її умовами у зв'язку з протилежними позиціями сторін. Тому сторонам доводиться звертатися до нотаріуса з приводу вирішення такого конфлікту¹⁷;

3) суддя-медіатор. У чинному Кодексі адміністративного судочинства України вже зроблено перші кроки впровадження позасудового врегулювання спору¹⁸. Зокрема, Глава 4 Кодексу присвячена процедурі врегулювання спору за участі судді, яка, відповідно до ст. 184, проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. Процесуальний інститут врегулювання спору за участю судді в адміністративному процесі використовується порівняно нечасто, що, на думку Н. Кучерук, пояснюється відсутністю у багатьох суддів спеціальних знань та навичок медіатора, оскільки закон не вимагає від суддів наявності спеціальної підготовки врегулювання спору шляхом переговорів. До того ж, відсутність повноважень у державних органів під час врегулювання спору за участю судді обмежує варіативність примирення сторін. Відступ від прямих повноважень може свідчити про їх перевищення або інші зловживання владою, наприклад, наявність корупції¹⁹.

Ефективність виконанням суддею функцій медіатора пов'язана з тим, що відповідно до вітчизняної правової культури існує звичай перекладання відповідальності вирішення спору на державний орган, адже іноді сторонами конфлікту психологічно важко перейти до добровільного обговорення суті спору в присутності медіатора²⁰. Під судовою медіацією розуміють процедуру врегулювання конфлікту, яка проводиться після відкриття провадження у суді та за пропозицією судді. Існує дві моделі судової медіації – «зближена» та «інтегрована». Саме інтегрована модель передбачає проведення процедури спеціально підготовленим діючим суддею та успішно діє у Німеччині. Така модель виражає інституціональний підхід до розвитку альтернативних до судових способів вирішення спорів, коли вони пропонуються безпосередньо в межах судової системи²¹;

4) медіатор-працівник суду. Як вважає А.Н. Кузбагаров, окрім суддів та суддів у відставці, медіацію можуть здійснювати спеціально підготовлені працівники суду, наприклад, помічники. Цікавим є американський досвід, коли такі спеціалісти беруть участь у проведенні примирних процедур. Помічники суддів знайомляться з суттю майбутнього процесу, тому, на думку автора, було б доцільно наділити їх функціями примирення сторін. Примирення потребує наявності не лише основних юридичних знань, а й знань у сфері психології та конфліктології. Тому помічникам необхідна додаткова підготовка для виконання ролі посередника (медіатора)²². На нашу думку, така модель реалізації медіації у суді за допомогою помічників суддів має більше недоліків, ніж переваг. Тому доцільно було б передбачити в апаратах судів окремі посади спеціалістів з медіації, для яких керівництво переговорами та спрямування сторін до врегулювання спору були б основні-

ми повноваженнями. Такими спеціалістами можуть бути професійні медіатори, які мають юридичну та психологічну освіту, ознайомлені з основами конфліктології та комунікації.

Щодо об'єкта відносин у сфері медіації, то ним виступають спірні правовідносини певного виду або комплекс спірних відносин різних видів, розбіжності щодо спору, з метою врегулювання яких здійснюється ця процедура¹⁰. Тому об'єктом відносин у сфері здійснення медіації як об'єкта адміністративно-правового регулювання є адміністративно-правові, митні, податкові, виборчі спори, спори щодо публічної служби та інші, тобто спори, пов'язані із оскарженням рішень суб'єктів владних повноважень, з приводу прийняття, проходження публічної служби, звільнення з публічної служби, щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи процесом референдуму тощо.

Зміст адміністративно-правових відносин полягає у взаємозв'язку зафіксованих в адміністративному праві суб'єктивних публічних прав та юридичних обов'язків учасників даних відносин, коли кожному зафіксованому в адміністративно-правовій нормі суб'єктивному праві відповідає юридичний обов'язок, та навпаки²³.

Як справедливо стверджує В.В. Яковлев, суб'єктивне право сторони медіації – це міра її можливої поведінки, яка повинна бути забезпечена захистом держави відповідно до законодавства про медіацію. Сторонам надані рівні права щодо врегулювання спору, внесення пропозицій стосовно врегулювання конфлікту, можливості виходу з процедури тощо¹⁰.

Стаття 16 проекту Закону України «Про медіацію» № 3504 від 19 травня 2020 р. закріплює такі права сторін медіації: обирати медіатора або організацію, яка забезпечує проведення медіації, за взаємною згодою; визначати умови договору про проведення медіації; залучати інших учасників до проведення процедури за взаємною згодою; відмовитися від послуг медіатора та обрати іншого посередника; відмовитися від участі у процедурі медіації в будь-який момент, а у випадку невиконання або неналежного виконання угоди за результатами медіації – звернутися до суду у порядку встановленому законом²⁴.

До такого переліку варто додати право користуватися допомогою перекладача, експерта та інших осіб, які визначені за домовленістю сторін процедури¹³.

Суб'єктивний обов'язок сторін медіації – це міра належної поведінки цих сторін. Такими обов'язками вчений називає обов'язок сторін дотримуватися чинного законодавства у процесі медіації, не обмежувати законні права та інтереси третіх осіб, укладаючи угоду тощо. Додаткові права та обов'язки можуть бути передбачені договором про проведення медіації¹⁰. Такими обов'язками сторін медіації визначають:

1) дотримуватися вимог закону, договору про проведення медіації та правил проведення процедури; виконувати угоду за результатами медіації у встановлені цією угодою порядку та строки²⁴;

2) обов'язок вступити до процедури медіації з чесними намірами та поводитися відповідно до правил медіації;

3) обов'язок повідомити іншу сторону та посередника про обставини, що унеможливають участь однієї зі сторін у процесі медіації (відсутність необхідних повноважень у представника юридичної особи, насильство однієї сторони щодо іншої тощо)¹³.

У контексті досудового врегулювання адміністративних спорів С. Білуга виділяє дві групи основних прав сторін процедури: організаційні та процесуальні. Організаційні права спрямовані на забезпечення участі сторін у досудовому врегулюванні як узгоджувальній процедурі, тоді як процесуальні права спрямовані на формування та доведення сторонами власної правової позиції. Щодо обов'язків сторін, то науковець виділяє такі: співпрацювати із суддею-медіатором; не перешкоджати проведенню процедури у встановлені законом строки та порядок; дотримуватися конфіденційності, не розголошуючи отриману під час переговорів інформацію; поважати честь та гідність інших учасників процедури; добросовісно користуватися своїми правами та не виходити за межі законодавства України²⁵.

Щодо прав медіатора, то вони передбачені у ст. 11 проекту Закону «Про медіацію» № 3504. Серед них право самостійно визначати методику проведення медіації з дотриманням законодавства, правил проведення процедури та етики медіатора; право отримувати інформацію про спір або конфлікт від сторін у необхідному та достатньому для проведення медіації обсязі; право здійснювати свою діяльність на оплатній чи безоплатній основі, індивідуально або колегіально та утворювати професійні об'єднання; право на відшкодування витрат щодо підготовки й проведення медіації та винагороду, передбачену договором про проведення процедури медіації; право відмовитися від проведення процедури з етичних або особистих міркувань; право на збір та поширення знеособленої інформації щодо кількості, тривалості та результативності проведених медіацій тощо.

І.А. Філіпова, аналізуючи правовий статус медіаторів в Росії, відзначає спеціальні права медіатора: право здійснювати будь-яку іншу не заборонену законом діяльність; право рекламувати свої послуги; право припинити процедуру, якщо її продовження не приведе до врегулювання конфлікту; право на імунітет свідка. Тоді як специфічними обов'язками медіатора є обов'язок погодитися на участь у медіації лише за умови наявності необхідної кваліфікації та досвіду, обов'язок утримуватися від будь-якої форми майнової, ідеологічної, релігійної дискримінації, заборона отримувати та дарувати подарунки медіатором, що впливає на його неупередженість²⁶. Стаття 12 проекту закону надає досить розгорнутий перелік обов'язків медіатора: виконувати обов'язки, встановлені законом, дотримуватися принципів медіації, правил її проведення та етики медіаторів; не розголошувати відомості, отримані у процесі проведення медіації; керувати медіацією; постійно підвищувати професійний рівень; повідомляти сторонам до початку та протягом проведення медіації про обставини, які можуть викликати сумніви щодо його неупередженості та незалежності тощо.

Останнім елементом відносин у сфері медіації є юридичні факти. Як слушно зазначає В. Галуцько, в адміністративно-правових відносинах юридичні факти формалізуються через форми діяльності публічної адміністрації (індивідуальні адміністративні факти, адміністративні договори) та методи діяльності публічної адміністрації (заходи заохочення, переконання та примусу)²³. Юридичними фактами, які мають вплив на правовідносини у медіації, є укладання договору про проведення медіації, припинення медіації за заявою сторони (сторін), відмова медіатору від процесу та укладання медіаційної угоди за результатами процедури.

Висновки. Таким чином, головним призначенням адміністративно-правового регулювання є здійснення правового впливу (за допомогою адміністративно-правових засобів, визначених законодавством) на певні суспільні відносини у сфері державного управління. Такі суспільні відносини є об'єктом адміністративно-правового регулювання. Досліджуючи адміністративно-правове регулювання медіації, можемо дійти висновку, що за аналогією одним із елементів змісту такого регулювання є об'єкт – суспільні відносини, які виникають у сфері медіації, оскільки такі відносини об'єктивно вимагають правове регулювання відповідно до суспільних потреб: зниження конфліктності та соціальної напруги у суспільстві; допоміжна роль у покращенні функціонування судової системи та доступу до правосуддя; реалізація принципу верховенства права тощо. Елементами правовідносин у сфері здійснення медіації виступають суб'єкт, об'єкт, зміст та юридичні факти, які тягнуть за собою виникнення змуну чи припинення правовідносин у сфері здійснення медіації. Суб'єктами адміністративно-правових відносин у сфері медіації варто визначити сторони спірних відносин (фізичні та юридичні особи), одна з яких має владні повноваження та незалежного медіатора. Об'єктом відносин у сфері здійснення медіації як об'єкта адміністративно-правового регулювання є адміністративно-правові, митні, податкові, виборчі спори, спори щодо публічної служби та інші, тобто спори, пов'язані із оскарженням рішень суб'єктів владних повноважень, з приводу прийняття, проходження публічної служби, звільнення з публічної служби, щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи процесом референдуму тощо. Зміст адміністративно-правових відносин полягає у взаємозв'язку зафіксованих в адміністративному праві суб'єктивних публічних прав та юридичних обов'язків учасників даних відносин, коли кожному зафіксованому в адміністративно-правовій нормі суб'єктивному праві відповідає юридичний обов'язок, та навпаки. Юридичними фактами у правовідносинах медіації є укладання договору про проведення медіації, припинення медіації за заявою сторони (сторін), відмова медіатору від процесу та укладання медіаційної угоди за результатами процедури.

¹ Юрковский А.В. Конституционно-правовое регулирование в позитивно-правовом смысле: понятие и признаки. *Сибирский юридический вестник*. 2017. № 1. С. 52.

² Шопіна І.М. Щодо концептуальних підходів до визначення поняття правового регулювання. *Форум права*. 2011. № 2. С. 1059.

³ Ноздрачев А.Ф. Современное содержание понятия «административно-правовой режим». *Журнал российского права*. 2017. № 2 (242). С. 100–101.

⁴ Дробязко С.Г. Предмет, сфера, объект правового регулирования в условиях формирования социального правового государства и правового гражданского общества. *Выбр. науч. пр. Беларус. дзярж. ун-та : в 7 т.* Минск : БДУ, 2001. Т. 3. С. 7.

⁵ Свинин Е.В. Объект и предмет правового регулирования как компоненты структурной организации правопорядка. *Lex Russica*. 2020. № 1 (158). С. 122–123.

⁶ Бондаренко В.А. Призначення та особливості структури адміністративно-правових норм. *Науковий вісник*. 2011. № 4. С. 147.

⁷ Юровська В.В. Поняття та ознаки трудових правовідносин. *Право та інновації*. 2016. № 1. С. 69.

⁸ Иванов Э.И. Правовое отношение как особый вид общественных отношений. *Проблемы в российском законодательстве*. *Юридический журнал*. 2011. № 2. С. 67.

⁹ Розман Ю.В. Медіація як альтернативний спосіб вирішення приватно-правових спорів. *Актуальні проблеми політики*. 2013. № 49. С. 251.

¹⁰ Яковлев В.В. Присудова та позасудова медіація: основні ознаки. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. «Право»*. 2017. Вип. 26. С. 139–151.

¹¹ Владимирова М.О. Правовые отношения в процедуре медиации. *Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева*. 2012. № 4 (77). С. 77.

¹² Кисельова Т. Правове регулювання відносин із надання послуг медіації у зарубіжних країнах. *Право України*. 2011. № 11–12. С. 228.

¹³ Крестовська Н., Романдзе Л. Медіація у професійній діяльності юриста. Одеса: Екологія, 2019. С. 153.

¹⁴ Холодионова Ю.В. Медиатор: профессионал или нет (к проблемам правового статуса в связи с принятием профессионального стандарта в области медиации). *Академический вестник*. 2014. № 4. С. 182.

¹⁵ Яновська О., Біцай А. Особливості участі адвоката у процедурі медіації. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2014. № 1. С. 23.

¹⁶ Скопенко О.Р. Перспективы участия нотариуса в процедурах медиации. *Основные проблемы и тенденции развития в современной юриспруденции*. 2016. С. 72.

¹⁷ Зарипова Д.Д. Перспективы участия нотариуса в процедурах медиации. *Интеграция науки и практики в современных условиях*. 2015. С. 156.

¹⁸ Кодекс адміністративного судочинства України : Кодекс України від 6.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35. С. 1358.

¹⁹ Кучерук Н. Урегулювання адміністративного спору за участю судді: чому не діє? *Газета Закон і Бізнес*. 2019. URL: https://zib.com.ua/ua/139127-uregulyuvannya_adminsporu_za_uchastyu_suddi_chomu_ne_die.html

²⁰ Ситдикова Л.Б., Шиловская А.Л. К вопросу об использовании судьей в гражданском процессе элементов медиации. *Вестник Московского городского педагогического университета*. 2015. № 3. С. 93 (Серия «Юридические науки»).

²¹ Аболонин В.О. В поисках российской модели судебной медиации. *Российский юридический журнал*. 2011. № 5. С. 121.

²² Кузбагаров А.Н. Примирительные процедуры при осуществлении правосудия по гражданским делам. *Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России*. 2006. № 1(29). С. 164.

²³ Галушко В. Адміністративно-правові відносини: алгоритм дослідження суспільних відносин. *Наукові записки Кіровоградського державного університету імені Володимира Винниченка*. 2017. № 1. С. 4–10 (Серія «Право»).

²⁴ Про медіацію : Проект Закону України від 19.05.2020 р. № 3504 / Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877

²⁵ Білуга С.С. Досудове врегулювання адміністративно-правових спорів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2015. С. 12.

²⁶ Филипова И.А. Правовой статус медиатора как работника по законодательству РФ. *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского*. 2014. № 3. Ч. 2. С. 254.

Резюме

Токарева К.С. Питання об'єкта адміністративно-правового регулювання медіації.

Стаття присвячена дослідженню одного із основних елементів змісту адміністративно-правового регулювання медіації. Встановлено, що об'єктом адміністративно-правового регулювання медіації є відносини у сфері медіації, елементами яких є суб'єкти, об'єкт, зміст та юридичні факти. Розкрито, що суб'єктний склад відносин у сфері медіації утворюють сторони спору, де хоча б одна з яких має владні повноваження та незалежний медіатор. З'ясовано можливості виконання ролі незалежного посередника представниками різних юридичних професій. Обґрунтовано, що об'єктом відносин у сфері здійснення медіації як об'єкта адміністративно-правового регулювання є публічно-правові спори. Проаналізовано думки вчених щодо змісту відносин у сфері медіації, наведено приклади суб'єктивних прав та юридичних обов'язків як конфліктуючих сторін, так і третьої особи-медіатора.

Ключові слова: медіація, адміністративно-правове регулювання, суспільні відносини, суб'єкт відносин, об'єкт відносин, зміст правовідносин, юридичні факти.

Резюме

Токарева К.С. Вопрос объекта административно-правового регулирования медиации.

Статья посвящена исследованию одного из основных элементов содержания административно-правового регулирования медиации. Установлено, что объектом административно-правового регулирования медиации являются отношения в сфере медиации, элементами которых являются субъекты, объект, содержание и юридические факты. Раскрыто, что субъектный состав отношений в сфере медиации образуют стороны спора, где хотя бы одна из которых имеет властные полномочия, и независимый медиатор. Выяснено возможности выполнения роли независимого посредника представителями различных юридических профессий. Обосновано, что объектом отношений в сфере осуществления медиации как объекта административно-правового регулирования являются публично-правовые споры. Проанализированы мнения ученых относительно содержания отношений в сфере медиации, приведены примеры субъективных прав и юридических обязанностей как конфликтующих сторон, так и третьего лица-медиатора.

Ключевые слова: медиация, административно-правовое регулирование, общественные отношения, субъект отношений, объект отношений, содержание правоотношений, юридические факты.

Summary

Kseniia Tokarieva. Issues of the object of administrative and legal regulation of mediation.

The article is devoted to the study of one of the main elements of the content of administrative and legal regulation of mediation. In recent decades, mediation has gained a good reputation in foreign countries as an alternative to the traditional way of resolving disputes. Restructuring the justice system in Ukraine requires the introduction of new institutions for dispute resolution by creating a set of internal regulations in the field of mediation. The author conducted an analysis of the scientific literature, which reflects the views of domestic and foreign scholars on the concept and structure of the object of administrative and legal regulation. It is established that the object of administrative and legal regulation of mediation is the relationship in the field of mediation, the elements of which are the subjects, object, content and legal facts. It was also revealed that the subjective composition of relations in the field of mediation is formed by the parties to the dispute, where at least one of them has power, and an independent mediator. The possibility of acting as an independent mediator by representatives of various legal professions: lawyers, notaries, judges and court staff was clarified.

It is substantiated that the object of relations in the field of mediation as an object of administrative and legal regulation are administrative and legal, customs, tax, election disputes, disputes concerning public service and others, i.e. disputes related to appeals against decisions of subjects powers, regarding admission, public service, dismissal from public service, regarding legal relations related to the election process or referendum process, etc.

The opinions of scientists on the content of relations in the field of mediation are analyzed, examples of subjective rights and legal obligations of both the conflicting parties and the third party – the mediator. It is established that the legal facts that occur during the study of the object of administrative and legal regulation of mediation may be the conclusion of an agreement on the provision of mediation services (mediation agreement), termination of mediation at the request of one of the parties (application), termination mediation procedures at the request of the mediator and concluding a mediation agreement based on the results of the procedure.

Key words: mediation, administrative and legal regulation, public relations, subject of relations, object of relations, content of legal relations, legal facts.

В.А. ШОКРУТА

*Валентина Артемівна Шокрута, аспірантка
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
НАН України**

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ПОРЯДКУ ПРОВЕДЕННЯ КАМЕРАЛЬНОЇ ПЕРЕВІРКИ ТА ОСКАРЖЕННЯ ЇЇ РЕЗУЛЬТАТІВ ПІД ЧАС КАРАНТИНУ

Постановка проблеми. Питання правової регламентації сплати податкових платежів та податкового боргу є одним із актуальніших у сфері оподаткування на даний час. Ефективність податкового адміністрування впливає передусім на питання підвищення показників сплати податків і зборів і є важливою частиною діяльності контролюючих органів.

Основною формою податкового адміністрування є податкова перевірка. Саме ця форма контролю є найбільш ефективною для виявлення та стягнення повної суми податкових зобов'язань.

Залежно від видів податкового контролю зміст податкової перевірки охоплює дослідження документів податкового обліку і звітності, в яких відображаються результати фінансово-господарської діяльності платників податків протягом звітного періоду, обстеження приміщень, що використовуються або пов'язані з утриманням об'єктів оподаткування та інші форми податкового контролю.

У зв'язку з поширенням коронавірусного захворювання (далі – «COVID-19») в Україні було введено мораторій на проведення документальних та фактичних перевірок. Поряд із тим законодавством передбачено можливість проведення камеральних перевірок податкової звітності під час карантину.

У межах проведення камеральних перевірок платники податків почали отримувати запити про надання інформації. Зазначені запити стосуються насамперед перевірки суті задекларованих показників, що відповідно до пп. 75.1.1 п. 75.1 ст. 75 Податкового кодексу України (далі – ПКУ) не є предметом камеральної перевірки. Таким чином, відповідні запити контролюючих органів є спробою провести документальну перевірку в період дії заборони на її проведення.

Тому виникає ризик, що результатом надання відповідей на такі запити можуть бути необґрунтовані донарахування грошових зобов'язань.

Відповідно до податкового законодавства та судової практики перевірка правильності декларування окремих показників податкової звітності є предметом камеральної перевірки в той час, як аналіз документів по суті є предметом документальної перевірки. Таким чином, перевірка показників податкової звітності по суті під час карантинних заходів – це перевищення повноважень податкових органів України.

Тому такі дії податкових органів є неправомірними.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженням питань порядку оскарження неправомірного донарахування грошових зобов'язань в межах проведення податкової перевірки займалися такі вчені, як Ю.Б. Іванова, Н.К. Ісаєва, М.П. Кучерявенко, Г.Г. Нестеров, Н.Ю. Пришва, Л.А. Савченко, А.І. Худякова та інші науковці.

Метою статті є дослідження правомірності донарахування грошових зобов'язань у межах проведення камеральної перевірки та оскарження таких рішень податкових органів під час карантину.

Виклад основного матеріалу. За даними Міністерства фінансів України, станом на 1 серпня 2020 р. до державного бюджету України було зараховано 422 095 млн грн податкових надходжень, що становить 71,73 % від загальної кількості доходів у державний бюджет України і містить податки, сплачені за результатами податкових перевірок¹.

Зазначені дані підтверджують ефективність здійснення податкового контролю в Україні.

Податковий контроль є самостійним напрямом державного фінансового контролю. Він розглядається як одна з функцій державного управління податковою системою України. Ефективність реалізації податкової політики держави та функціонування всієї податкової системи значною мірою визначається діяльністю контролюючих органів у сфері забезпечення додержання податкового законодавства платниками податків.

Таким чином, особливим видом державного фінансового контролю, що здійснюється контролюючими органами України є податковий контроль.

Відповідно до чинного законодавства України, податковий контроль здійснюється в конкретних формах, які мають обов'язкове законодавче закріплення. При цьому формою податкового контролю є сукупністю конкретних організаційно-процесуальних заходів, які здійснюються уповноваженими суб'єктами в про-

цесі контрольної діяльності. Такими формами, зокрема, є облік платників податків, бухгалтерський облік податкових надходжень, контроль за відповідністю витрат фізичних осіб їх доходам та податкові перевірки.

Податкова перевірка є таким способом податкового контролю, за допомогою якої контролюючі органи у сфері оподаткування попереджають, виявляють, забезпечують, припиняють порушення податкового законодавства платниками податків та зборів².

М.П. Кучерявенко визначає податкову перевірку як діяльність контролюючих органів, а в деяких випадках аудиторських організацій, з аналізу і дослідження первинної облікової й звітної документації, що пов'язана зі сплатою податкових платежів, з метою перевірки своєчасності й повної сплати податків та зборів, правильного ведення податкового обліку, обчислення сум податкових платежів, здійснення податкової звітності³.

Таким чином, дослідник розглядає податкову перевірку як систему контрольних заходів щодо аналізу первинної облікової і звітної документації, що пов'язана зі сплатою податкових платежів.

При цьому Л.А. Савченко розуміє перевірку як систему контрольних дій щодо вивчення окремих ділянок фінансово-господарської чи адміністративно-розпорядчої діяльності відповідного об'єкта⁴.

Дійсно, контрольна діяльність в галузі оподаткування є одним із найважливіших напрямів адміністративної діяльності контрольних органів та державного контролю в Україні.

Саме податкова перевірка є найбільш ефективною з точки зору виявлення та стягнення недоїмок, забезпечення податкових надходжень до державного бюджету. Таким чином, податкові перевірки забезпечують безпосередній контроль за повнотою і правильністю обчислення податків і зборів, який може бути реалізований шляхом порівняння податкових розрахунків (декларацій), поданих платниками податків, з фактичними даними щодо їх фінансово-господарської діяльності.

На сьогодні законодавче забезпечення проведення податкових перевірок є проблемним питанням, що містить велику кількість колізій між нормативно-правовими актами різних рівнів. У певних випадках підзаконні нормативно-правові акти податкових органів, які конкретизують положення законодавства, звужують або навіть порушують законні права та інтереси платників податків при здійсненні перевірок.

Правова регламентація податкових перевірок впливає насамперед на вдосконалення організації та здійснення податкового контролю в Україні. Класифікувати податкові перевірки за видами слід з урахуванням усієї сукупності принципових особливостей їх організації та проведення. Дійсно, кожна податкова перевірка поєднує в собі особливості, які є підставами для класифікації податкових перевірок за спільними ознаками їх регламентації та порядку здійснення.

Відповідно до ст. 75 Податкового кодексу України контролюючі органи мають право проводити: камеральні перевірки; документальні планові перевірки; документальні позапланові перевірки; документальні виїзні перевірки; документальні невиїзні перевірки; фактичні перевірки⁵.

Камеральні та документальні перевірки проводяться контролюючими органами в межах їх повноважень.

Як вже зазначалося, відповідно до п. 52² підрозділу 10 розділу XX ПКУ запроваджено мораторій на проведення документальних та фактичних перевірок на період з 18 березня 2020 р. по останній календарний день місяця (включно), в якому завершується дія карантину (далі – податковий мораторій), встановленого Кабінетом Міністрів України на всій території України з метою запобігання поширенню на території України COVID-19.

Податковий мораторій не поширюється на такі види перевірок: камеральні перевірки з підстав зазначених пп. 75.1.1 п. 75.1 ст. 75 ПКУ; документальні позапланові перевірки з підстав, визначених пп. 78.1.8 п. 78.1 ст. 78 ПКУ; фактичні перевірки в частині порушення вимог законодавства в частині: обліку, ліцензування, виробництва, зберігання та транспортування пального, спирту етилового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів; цільового використання пального та спирту етилового платниками податків; обладнання акцизних складів витратомірами-лічильниками та/або рівномірами-лічильниками; здійснення функцій, визначених законодавством у сфері виробництва і обігу спирту етилового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів, пального, з підстав, визначених пп. 80.2.2, 80.2.3 та 80.2.5 п. 80.2 ст. 80 ПКУ⁶.

Відповідно до пп. 75.1.1 п. 75.1 ст. 75 ПКУ камеральною вважається перевірка, яка проводиться у приміщенні контролюючого органу виключно на підставі даних, зазначених у податкових деклараціях (розрахунках) платника податків, та даних системи електронного адміністрування податку на додану вартість (даних центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, в якому відкриваються рахунки платників у системі електронного адміністрування податку на додану вартість, даних Єдиного реєстру податкових накладних та даних митних декларацій), а також даних Єдиного реєстру акцизних накладних та даних системи електронного адміністрування реалізації пального⁵.

Предметом камеральної перевірки є своєчасність подання податкової звітності, реєстрації податкових накладних, сплати податків виключно на підставі даних, що зберігаються (обробляються) у відповідних інформаційних базах⁷.

Г.Г. Нестеров звертає увагу, що камеральна податкова перевірка – це прями́й обов'язок податкового органу, тому вона охоплює майже 100 відсотків платників податків⁸.

Така позиція є справедливою з огляду на обов'язок перевірки наявності та достовірності заповнення всіх обов'язкових реквізитів платником податків під час проведення камеральних перевірок податковими органами України.

Верховний Суд України звертає увагу, що камеральною перевіркою охоплюються лише ті показники документів, які належать до податкової звітності та мають значення для правильності обчислення платником об'єкта оподаткування й суми податку, що підлягає сплаті до бюджету. Перевірка будь-яких відомостей, витребування в платника додаткової інформації та документів, подання яких разом з податковою декларацією чинним законодавством не передбачено, камеральною перевіркою не охоплюється⁹.

Таким чином, при проведенні камеральних перевірок податкові органи України мають право перевіряти податкову звітність на наявність арифметичних або методологічних помилок, досліджувати логічний зв'язок та узгодженість відповідних показників безпосередньо декларації, а також додатків до неї, порівнювати показники декларацій за поточний і попередні звітні періоди тощо.

Перевірка декларування окремих показників по суті є предметом документальної перевірки – планової або позапланової, що підтверджується практикою Верховного Суду України у справах № 806/360/17¹⁰, № 808/103/17¹¹ та інших.

Проте під час Податкового мораторію платники податків почали отримувати запити про надання інформації в межах проведення камеральних перевірок. Зазначені запити стосуються передусім перевірки суті задекларованих показників, що не є предметом камеральної перевірки. Відповідні запити контролюючих органів є спробою провести документальну перевірку в період заборони її проведення.

Відповідно до податкового законодавства та судової практики такі дії податкових органів неправомірні.

На жаль, як справедливо зазначає Н.К. Ісаєва, у процесі проведення перевірки дії податкових органів можуть бути неправомірними та порушувати права й інтереси платників податків¹². Про це свідчать численні оскарження їх дій до суду.

Неправомірні дії податкових органів, які порушують права платників податків, підлягають оскарженню як в судовому, так і в адміністративному порядку.

Відповідно до ст. 55 Конституції України, права та свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб¹³.

Проте процедура оскарження результатів податкових перевірок, дозволених під час карантину, зазнала низки змін.

Для дотримання санітарних обмежень платникам податків необхідно подавати заперечення та зауваження на акт перевірки через Електронний кабінет платника податків. З метою забезпечення права платника податків взяти участь у розгляді заперечення, такий розгляд здійснюється за допомогою Skype.

З урахуванням вищезазначеного, слід звернути увагу на те, що податкові органи України допускають порушення прав платників податків під час введеного Податкового мораторію, що суттєво ускладнює оскарження неправомірних рішень контролюючих органів платниками податків у зв'язку з санітарними обмеженнями COVID-19.

Висновки. На підставі проведеного дослідження можна також зробити такі узагальнюючі висновки:

1. Податкова перевірка як найбільш ефективна форма контрольної діяльності в галузі оподаткування є одним із найважливіших напрямів адміністративної діяльності податкових органів та державного контролю в Україні, особливо в умовах запровадження карантинних заходів.

2. Для забезпечення передбачених обмежень у зв'язку з COVID-19 податкові органи України мають право на проведення камеральної перевірки, проте під час такої перевірки мають місце випадки, коли посадові особи перевищують свої повноваження, запитуючи додаткову інформацію, що виходить за межі предмета камеральної перевірки. Такі дії можна розглядати як спробу провести документальну перевірку в період заборони її проведення.

3. Випадки перевищення повноважень посадових осіб податкових органів України під час податкового мораторію зумовлюють необхідність вдосконалення відповідних механізмів реалізації прав платників податків на оскарження неправомірних дій податкових органів. Тобто під час карантинних заходів порядок оскарження неправомірних дій податкових органів повинен враховувати реальні можливості платника діяти в умовах карантину.

¹ Статистика Міністерства фінансів України «Доходи держбюджету України» від 25.07.2020 р. URL: <https://index.minfin.com.ua/ua/finance/budget/gov/income/>

² Голядова Т.О. Податкові перевірки як форма податкового контролю: особливості електронної перевірки. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2017. Вип. 27. С. 26–28 (Серія «Юриспруденція»). URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2017_27_9

³ Кучерявенко М.П. Податкове право: підручник. Харків : Право, 2013. 536 с.

⁴ Савченко Л.А. Правові проблеми фінансового контролю в Україні: [монографія] / Л.А. Савченко. Ірпінь: Акад. держ. подат. служби України, 2001. 407 с.

⁵ Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI зі змін та доп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

⁶ Закон України № 533-IX від 17.03.2020 «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо підтримки платників податків на період здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)».

⁷ Лист Державної фіскальної служби України «Камеральна перевірка без наслідків надасть право на подання «уточнень» від 17.11.2017 року. URL: <http://tr.sfs.gov.ua/media-ark/news-ark/316925.html>

⁸ Нестеров Г.Г. Налоговый контроль: учеб. пособие / Г.Г. Нестеров, Н.А. Попонова, А.В. Терзици. – 2-е изд., перераб. и доп. Москва: СКСМО, 2009. 384 с.

⁹ Постанова Верховного суду України від 28 травня 2019 року № 826/19473/14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82080087>

¹⁰ Постанова Верховного Суду України від 10 червня 2020 року № 806/360/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89757403>

¹¹ Постанова Верховного Суду України від 06 травня 2020 року № 808/103/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89111223>

¹² Ісаєва Н.К. Оскарження рішень податкових органів та їх посадових осіб у контексті конституційних прав людини і громадянина в Україні / Н.К. Ісаєва // *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 113–116.

¹³ Конституція України від 28 червня 1996 року із наступними змінами і доп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

Резюме

Шокрута В.А. Особливості правової регламентації порядку проведення камеральної перевірки та оскарження її результатів під час карантину.

Стаття присвячена аналізу актуальних правових та теоретичних проблем пов'язаних з процесом правової регламентації порядку проведення камеральної перевірки та оскарження її результатів під час карантину. Розглядаються особливості правового регулювання порядку проведення податкової перевірки і зокрема фінансової сфери. Здійснено науковий аналіз деяких теоретичних питань, вирішення яких пов'язане з удосконаленням законодавства України, що регулює зазначену сферу відносин.

Ключові слова: податки, податкова перевірка, податкова політика, контролюючі органи України, камеральна перевірка, COVID-19.

Резюме

Шокрута В.А. Особенности правовой регламентации порядка проведения камеральной проверки и обжалования ее результатов во время карантина.

Статья посвящена анализу актуальных правовых и теоретических проблем, связанных с процессом правовой регламентации порядка проведения камеральной проверки и обжалования ее результатов во время карантина. Рассматриваются особенности правового регулирования порядка проведения налоговой проверки и, в частности, финансовой сферы.

Осуществлен научный анализ некоторых теоретических вопросов, решение которых связано с усовершенствованием законодательства Украины, регулирующего указанную сферу отношений.

Ключевые слова: налоги, налоговая проверка, налоговая политика, контролирующие органы Украины, камеральная проверка, COVID-19.

Summary

Valentyna Shokruta. Distinctions of legal regulation of the procedures for conducting an in-house audit and appealing its results during the isolation period.

The article is devoted to the analysis of current legal and theoretical problems related to the process of legal regulation of the procedure for conducting an in-house inspection and appealing its results during quarantine. Peculiarities of legal regulation of the procedure for conducting a tax audit and in particular the financial sphere are considered.

The main form of tax administration is tax audit. This form of control is the most effective for detecting and collecting the full amount of tax liabilities.

Depending on the types of tax control, the content of the tax audit includes research of tax accounting documents and reporting, which reflects the results of financial and economic activities of taxpayers during the reporting period, inspection of premises used or related to the maintenance of taxable objects and other forms of tax control.

A moratorium on documentary and factual inspections has been introduced in connection with the spread of COVID-19 in Ukraine. In addition, the legislation provides for the possibility of in-house inspections of tax reporting during quarantine.

As part of in-house inspections, taxpayers began receiving requests for information. These requests relate, first of all, to the verification of the essence of the declared indicators, which according to the Tax Code of Ukraine is not the subject of in-house inspection. Thus, the relevant requests of the supervisory authorities are an attempt to conduct a documentary inspection during the period of the ban on its conduct.

Therefore, there is a risk that the response to such requests may result in unreasonable accruals.

In accordance with tax legislation and case law, verification of the correctness of the declaration of certain indicators of tax reporting is the subject of in-house audit, while the analysis of documents is essentially the subject of documentary audit. Thus, the verification of tax reporting indicators in essence during quarantine measures is an excess of the powers of the tax authorities of Ukraine.

Therefore, such actions of the tax authorities are illegal. A scientific analysis of some theoretical issues, the solution of which is related to the improvement of the legislation of Ukraine governing this area of relations.

Key words: taxes, tax audit, tax policy, regulatory authorities of Ukraine, in-house audit, COVID-19.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.22

УДК 349.2

Л.В. ВАКАРЮК

*Людмила Василівна Вакарюк, доктор юридичних наук, доцент, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича**

ORCID: 0000-0003-0263-7665

ІНФОРМАЦІЙНІ ПРАВОВІДНОСИНИ В ТРУДОВОМУ ПРАВІ КРИЗЬ ПРИЗМУ ТРУДОПРАВОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Постановка проблеми. У сучасному світі інформація відіграє важливу роль, а її значення постійно зростає у всіх сферах життєдіяльності соціуму, зокрема і в правовій. Згідно з визначенням ЮНЕСКО, «інформація – це універсальна субстанція, яка пронизує всі сфери людської діяльності та слугує провідником знань та думок, інструментом спілкування та співробітництва, утвердження стереотипів мислення та поведінки»¹. Як зауважує О. Тихомиров, «інформація перетворилася на життєво важливу потребу, цінний ресурс, набула рис продукту діяльності, товару, а згодом і “потужної зброї”, питома вага яких у суспільному житті постійно зростає»². Справді, зараз відбувається активний розвиток інформаційних процесів, інформація стає одним із найцінніших явищ у сучасному суспільстві, яке переживає справжню інформаційну революцію. Сучасному етапу розвитку різних держав, зокрема й України, властивий глобальний інформаційний простір, що характеризується неймовірною насиченістю інформацією, уміння володіти і користуватися якою є основою життєдіяльності людини. Ціннісними ж орієнтирами, що визначають концепцію подальшого розвитку світового суспільства, є: інформаційне суспільство як пріоритетний шлях світового розвитку; інформація, що визнається цінним ресурсом і становить знання, необхідні для розвитку і добробуту людини; принцип рівності доступу до інформаційних ресурсів, свободи та справедливості, без втілення якого неможлива розбудова глобального інформаційного суспільства тощо³.

З огляду на це та на переконання вчених, побудова публічного інформаційного правопорядку передбачає необхідність створення в державі таких правових, економічних та організаційних умов розвитку інформаційної сфери, за яких модель правомірної поведінки учасників інформаційних відносин визначається їхніми інформаційними потребами, інтересами, а також характером покладених на них обов'язків⁴. У цьому аспекті трудове право є тією галуззю права, де інформація є одним із чинників ефективної реалізації суб'єктами трудового права своїх прав та обов'язків. Адже поняття інформації має закріплювати найбільш істотні, юридично значущі властивості та якості для вільного й ефективного оперування у правовому полі (правозастосування), а формулювання має однозначно сприйматися всіма учасниками відносин. Вона має закріплювати певну знакову форму, яку можна розкодувати та яка характеризується смислом для відправника та/або приймача. Також вона повинна мати певну цінність, значущість⁵.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблемам інформації приділяли увагу вчені, представники різних галузей науки та практики, зокрема філософії, кібернетики, теорії інформації тощо. Водночас поняття інформації досі не має однозначного універсального визначення. Будучи предметом вивчення багатьох галузевих наук, у кожній із них воно тлумачиться відповідно до специфіки останніх, конкретизується та набуває нових граней. Тож багатоаспектність терміна «інформація» зумовлена різними поглядами вчених на її природу і зміст. Основні її визначення та розуміння відображено у працях вітчизняних та зарубіжних учених, серед них О. Тихомиров, О. Заярний, О. Седов, О. Хазен, М. Романенко та Г. Нікітіна, В. Попов, І. Крайнюченко, С. Луценко, В. Вяткін, О. Харевич, О. Харенко та ін.

Зі зростанням інформатизації суспільства, розвитком цифрових технологій набув популярності техноцентричний підхід до розуміння поняття «інформація», який поширений серед представників точних наук.

© Л.В. Вакарюк, 2020

* *Lyudmila Vakaryuk, Dr. hab in Law, Associate Professor of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

Прибічники цього підходу розкривають поняття «інформація» як певний показник, що має кількісний вимір, зокрема інтенсивність трафіку, швидкість передачі, обсяг інформаційних потоків тощо⁶. Представники антропоцентричного підходу ототожнюють інформацію з певними відомостями або фактами, які можуть бути теоретично оброблені, тобто перетворені на знання, та використані суспільством. Цей підхід, на думку Г. Кірейцевої, обмежує сферу існування інформації та інформаційної взаємодії лише людським суспільством і людською свідомістю. Відповідно, існування інформації не в соціумі, чи в неживій природі, є неможливим⁷. З позицій антропоцентричного підходу поняття «інформація» розглядає багато сучасних дослідників⁸. Зі свого боку, таку інтерпретацію поняття «інформація» (із застосуванням антропоцентричного підходу) вважаємо найбільш доцільною, оскільки це дасть змогу сповна розкрити її сутність як ціннісного ресурсу, творцем та безпосереднім носієм якого є людина. Як влучно зауважив І. Бачило, «інформація – це характеристика навколишнього світу в усій його різноманітності, що сприймається і розуміється людиною»⁹.

Формулювання мети статті. Мета даної статті полягає в тому, щоб проаналізувати та визначити інформаційні правовідносини в трудовому праві крізь призму трудової інформації.

Виклад основного матеріалу. Термін «інформація» походить від латинського «informatio», що визначається як роз'яснення, викладення, повідомлення¹⁰. У тлумачному словнику української мови поняття «інформація» визначено як «відомості про які-небудь події, чинює діяльність і т. ін.; повідомлення про щось»¹¹. Із правової точки зору, незважаючи на відсутність однозначного трактування змісту досліджуваної категорії, на розуміння її понятійної сутності залежно від контексту вживання і панування ідей її «невизначеності», поняття «інформація» повинно мати формалізовану, аксіоматичну форму, бути нормативно закріпленим, оскільки відсутність чіткого, регламентованого поняття може призвести до юридичних колізій під час його застосування¹². Нормативна регламентація поняття «інформація» є предметом дослідження інформаційного права. Б. Кормич надає таке визначення інформаційному праву: виокремлена група правових норм, які регулюють суспільні відносини, що виникають з приводу встановлення режимів та параметрів суспільного обігу інформації, правового статусу, поведінки та зв'язків суб'єктів інформаційних відносин¹³. О. Марценюк зауважує, що «інформаційне право України виступає самостійною комплексною галуззю національного права, що вимагає теоретичного обґрунтування окремих інститутів інформаційного права при їх комплексному застосуванні в українській правовій системі, встановлення самостійного методу інформаційного права»¹⁴. Розглядаючи інформаційне право як систему правового регулювання, деякі автори вважають його підгалуззю інших галузей права та при цьому зазначають, що інформація не є об'єктом інформаційного права, оскільки до структури об'єкта кожної галузі права входять тільки суспільні відносини. Групи суспільних відносин, які є об'єктом інформаційного права, неоднорідні, адже неоднорідною є власне інформація. Їх об'єднує тільки те, що об'єктом цих відносин є інформація та похідні від неї у вигляді певних інформаційних продуктів, послуг¹⁵.

Варто зауважити, що і в трудовому праві також існує ціла система інформаційних відносин як складової частини не тільки трудових, а й похідних від них правовідносин. Якщо раніше в дослідженнях вчених з трудового права інформаційні відносини визначалися як відносини, що виникають у межах тільки трудових правовідносин і є їх складовою частиною, то згодом уже вчені стверджували, що наявність інформаційних відносин у сфері праці зумовлена існуванням або трудових відносин, або відносин, безпосередньо пов'язаних з трудовими.

Поняття «інформація» визначено і на законодавчому рівні – у ст. 1 Закону України «Про інформацію», відповідно до якої «інформація – це будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді». Як бачимо, вітчизняний законодавець розглядає поняття «інформація» в широкому розумінні, що дає змогу вводити до нього широке коло відомостей різноманітного характеру. Крім того, у Конституції України закріплено право кожного на інформацію (ст. ст. 31, 32 і 35).

Інформація впливає на розвиток усіх без винятку галузей права, і у функціонуванні кожної з них вона відіграє ключову роль. Тому не дивно, що регулюванню інформації присвячено чимало норм галузевих нормативно-правових актів. Так, у ст. 200 Цивільного кодексу України міститься визначення інформації, а його ст. ст. 277, 280, 285, 286, 302 регулюють особисті немайнові права особи. А в Особливій частині Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачено адміністративну відповідальність, зокрема, за порушення права на окремі види інформації, відмову в наданні інформації, надання неповної чи недостовірної інформації, втрату інформації тощо. Кримінальний кодекс України також містить склади злочинів (у різних розділах), в основі яких лежить порушення правил отримання, використання чи поширення інформації. Крім того, прийнято низку спеціальних законів, які так чи інакше регулюють отримання, використання та захист інформації і мають міжгалузевий характер. Наприклад, Закон України «Про інформацію», Закон України «Про захист персональних даних», Закон України «Про доступ до публічної інформації», Закон України «Про державну таємницю» та ін. Очевидно, що збільшення кількості нормативно-правових актів, врегулювання ними різноманітних аспектів інформації, якісне розширення видів інформації, що підлягають правовому регулюванню, свідчить про посилення значення інформації у праві. І трудове законодавство, як варто зауважити в контексті нашого дослідження, не є винятком, у ньому є багато згадок про інформацію, що охоплюють практично всі інститути системи трудового права.

Зараз у вітчизняному трудовому законодавстві сформувався інформаційний простір з певною сукупністю інформаційних відносин як суспільних, врегульованих нормами трудового права, суб'єкти яких є носіями взаємних інформаційних прав та обов'язків. Суб'єктами інформаційних правовідносин є: працівник, робо-

тодавець і їхні представники; органи соціального партнерства; органи, які розглядають трудові спори; органи, які здійснюють нагляд і контроль у сфері праці.

В інформаційних правовідносинах основними об'єктами є різноманітні інформаційні ресурси. Об'єктом інформаційного права у сфері праці є передусім нематеріальні блага як особлива група об'єктів, що не мають економічного змісту і невіддільні від особистості їх носія – блага і свободи, визнані на законодавчому рівні. Основні права і свободи, як відомо, закріплено в Загальній декларації прав людини (1948), Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950) та Конституції України 1996 р. У сфері праці є також інформаційні права не тільки працівників і роботодавців, а й органів державного і профспілкового контролю.

Згідно зі ст. 34 Конституції України «кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір». У Законі України «Про доступ до публічної інформації» саме поняття «публічна інформація» визначено як відображену та задокументовану «будь-якими засобами та на будь-яких носіях інформації, що була отримана або створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством, або яка знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації»¹⁶. Закон встановлює певний перелік інформації, доступ до якої не може бути обмежений за жодних умов. Інформацією з обмеженим доступом є: конфіденційна інформація, таємна інформація та службова інформація.

Наголосимо, що змістом інформаційних правовідносин у трудовому праві є права й обов'язки суб'єктів цих відносин. Вчені визначають трудову інформацію як відомості про працівника і роботодавця, що надаються у випадках і порядку, передбачених трудовим законодавством, і є необхідними для функціонування трудових правовідносин¹⁷. Ці відомості потрібні для реалізації індивідуальних і колективних трудових прав та підлягають правовому захисту від розголошення, якщо інформація є конфіденційною. Право на трудову інформацію охоплює такі правомочності: а) правомочність на отримання інформації; б) правомочність на доступ до інформації; в) правомочність на обробку інформації; г) правомочність на захист персональних даних.

Так, згідно зі ст. 29 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП), до початку роботи за укладеним трудовим договором власник або уповноважений ним орган зобов'язаний: 1) роз'яснити працівникові його права й обов'язки та проінформувати під розписку про умови праці, наявність на робочому місці, де він буде працювати, небезпечних і шкідливих виробничих факторів, які ще не усунуто, та можливі наслідки їхнього впливу на здоров'я, його права на пільги і компенсації за роботу в таких умовах відповідно до чинного законодавства й трудового договору; 2) ознайомити працівника з правилами внутрішнього трудового розпорядку та колективним договором; 3) визначити працівникові його робоче місце, забезпечити його необхідними для роботи засобами; 4) проінструктувати працівника з техніки безпеки, виробничої санітарії, гігієни праці та протипожежної охорони¹⁸.

Роботодавець має право під час укладення трудового договору вимагати від працівника відомості відповідно до законодавства, що стосуються його освіти, здоров'я, кваліфікації тощо. Водночас закон забороняє вимагати від осіб, які поступають на роботу, відомості про їхню партійну і національну приналежність, походження, прописку та документи, подання яких не передбачено законодавством (ст. 25 КЗпП)¹⁹.

Законодавством передбачено права та обов'язки представників працівників і роботодавців у сфері соціального діалогу. Так, відповідно до ч. 7 ст. 10 Закону України «Про колективні договори і угоди», сторони колективних переговорів зобов'язані надавати учасникам переговорів всю необхідну інформацію щодо змісту колективного договору, угоди. Учасники переговорів не мають права розголошувати дані, що є державною або комерційною таємницею, і підписують відповідні зобов'язання²⁰. Закріплюються також інформаційні права та обов'язки органів державного контролю за дотриманням трудового законодавства; інформаційні права органів з розгляду трудових спорів: комісії з трудових спорів та примирно-посередницьких органів.

Крім того, посягаючи на будь-які охоронювані правом суспільні відносини, особа порушує відповідні правила внутрішнього трудового розпорядку та нормативні приписи інших правових актів, якими регламентується порядок обігу інформації на конкретному підприємстві, установі, організації. Об'єктивна сторона таких порушень може виражатися як у формі активної дії, так і у формі бездіяльності, і здебільшого проявляється в невиконанні або неналежному виконанні особою своїх трудових або службових обов'язків. Найпоширенішими з них є необґрунтована відмова в наданні відповідної інформації, несвоєчасне надання інформації, цензура, використання й поширення конфіденційної інформації в особистих цілях, порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації тощо²¹.

Як видно, інформаційні правовідносини супроводжують усі види відносин, що становлять предмет трудового права. Тому, реалізуючи право на інформацію, працівник і роботодавець надають трудову інформацію. Однак працівник отримує повну інформацію тільки в тому випадку, якщо його праву кореспондує відповідний обов'язок роботодавця. Водночас чимало авторів ще за радянських часів слушно зауважували, що в інформаційних відносинах також простежується зв'язок «обов'язок – обов'язок» і «право – право»²². Це актуально і в наш час, оскільки такий зв'язок встановлено у трудовому праві України. Так, згідно з ч. 3 ст. 235 КЗпП, у разі визнання формулювання причини звільнення неправильним або таким, що не відповідає чинному законодавству, у випадках, коли це не тягне за собою поновлення працівника на роботі, орган, який розглядає трудовий спір, зобов'язаний змінити формулювання і зазначити в рішенні причину звільнення в точній відповідності до формулювань чинного законодавства та з посиланням на відповідну статтю (пункт) закону. Якщо неправильне формулювання причини звільнення в трудовій книжці перешко-

жало працевлаштуванню працівника, орган, який розглядає трудовий спір, одночасно приймає рішення про виплату йому середнього заробітку за час вимушеного прогулу в порядку і на умовах, передбачених ч. 2 зазначеної статті. У цій статті праву працівників на звільнення кореспондує обов'язок роботодавця зазначити причину такого звільнення.

Щодо визначення інформаційних правовідносин у теорії трудового права, то ще В. Савич зазначав, що «інформаційні відносини можна визначити як правовідносини, що виникають в рамках трудових правовідносин і є їх складовою частиною, в якій одна сторона зобов'язана інформувати іншу про майбутній і такий, що уже настав, юридичний факт»²³. Отже, автор не виділяє інформаційних відносин як самостійне явище, а розглядає їх як частину трудових відносин.

Проте вважаємо, інформаційні відносини не зводяться тільки до взаємного інформування сторін про юридичні факти. Так, інформація про умови праці виходить за межі поняття «юридичний факт», являючи собою відомості, зібрані, наприклад, у результаті атестації робочих місць за умовами праці. Відповідно, неправильним є обмежувати склад інформації тільки юридичними фактами. Згідно із Законом України «Про інформацію» до обсягу інформаційних відносин входить право на створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорону, захист інформації (ст. 3). Отже, інформування (передача інформації) – це тільки частина інформаційних відносин.

Інформаційні відносини у трудовому праві не можуть бути безпосереднім предметом цієї галузі, оскільки вони самостійно присутні і у відносинах, безпосередньо пов'язаних з трудовими. Зокрема, у рамках відносин з працевлаштування роботодавець у вигляді оголошення про вакансії дає інформацію потенційним працівникам про пропоновані вимоги, порядок проведення відбору та оцінку працівників, яка може в подальшому вплинути на вирішення спору про незаконну відмову в прийомі на роботу. Взаємодію працівників і професійних спілок у рамках соціального партнерства також неможливо уявити без правового обов'язку роботодавця надавати інформацію, необхідну для ведення колективних переговорів, інформацію про локальні акти для врахування думки й узгодження з представницькими органами працівників. Тож сторонами інформаційних відносин можуть бути не тільки сторони трудових правовідносин, а й інші суб'єкти трудового права.

Існування інформаційних відносин у сфері праці зумовлено існуванням або трудових відносин (зокрема в минулому або майбутньому), або відносин, безпосередньо пов'язаних із трудовими. В інформаційних відносинах можуть брати участь і сторони трудових правовідносин, і інші суб'єкти. Суб'єктами інформаційних відносин у трудовому праві є: 1) працівник, до обов'язків якого належить надання інформації, ознайомлення з інформацією, водночас йому заборонено розголошувати охоронювану законом таємницю; 2) роботодавець, який надає, охороняє, збирає, обробляє інформацію у сфері праці; 3) органи соціального партнерства, які можуть вимагати надання інформації, обробляти, зберігати і використовувати її; 4) органи, які розглядають трудові спори; 5) органи, що здійснюють нагляд і контроль у сфері праці.

Варто зауважити, що наявність інформаційної складової у трудових і всіх інших видах відносин, безпосередньо пов'язаних із трудовими, а також участь в інформаційних відносинах всіх суб'єктів трудового права дають змогу говорити про наскрізний характер інформаційних відносин у сфері праці. Інформаційні відносини у сфері праці посідають особливе місце в системі відносин трудового права, не виділяючись як самостійне явище, вони супроводжують усі види відносин, що становлять предмет трудового права.

Визначити інформаційні відносини у трудовому праві можна за допомогою поняття інформаційних відносин, що склалося в науці інформаційного права, і відмінних видових ознак інформації у трудовому праві. Основою визначення сфери інформаційних відносин є Конституція України, яка встановлює право отримувати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію будь-яким законним способом. Законодавство України про інформацію доповнює характеристику інформаційних відносин, закріплену Конституцією, визначаючи загальні поняття і види інформації, а також галузі регулювання інформаційних відносин.

Окремо варто зазначити й особливості конструкції інформаційних правовідносин у сфері праці. Правовідносини розуміються як зв'язок між суб'єктами прав та обов'язків, але в одних випадках під правовими відносинами розуміють зв'язок без фактичних відносин, а в інших вони передбачають реальну поведінку. О. Іоффе відносив суб'єктивні права й обов'язки до змісту правовідносин²⁴.

Розглянемо окремо кожен з процесів, що входять до поняття інформаційних правовідносин у трудовому праві.

1. Пошук трудової інформації. Пошук інформації – початковий етап у системі відносин навколо трудової інформації. Точніше цей процес можна назвати «пошуком джерела інформації». Суб'єкт трудового права, заінтересований в отриманні трудової інформації, повинен знайти джерело, що містить шукані дані. Процес пошуку законодавець рідко регламентує, а тому суб'єкт трудового права може вибирати будь-які законні способи пошуку інформації. Джерелами інформації про працівника можуть бути його резюме, характеристики, відгуки з колишнього місця роботи.

2. Збір трудової інформації. Збір трудової інформації частково регламентований трудовим законодавством і Законом України «Про захист персональних даних». Права суб'єкта трудових інформаційних відносин у цьому випадку обмежені. Зокрема, роботодавець має право на отримання персональних даних лише від самого працівника. Значимо, що згідно із Законом України «Про захист персональних даних» персональні дані – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована (ст. 2).

3. Зберігання трудової інформації. Роботодавець має встановити порядок зберігання персональних даних працівника як складових трудової інформації. До інших джерел інформації не висувається особливих вимог щодо документування, а зберігання регулюється загальними нормами Закону України «Про Національний архівний фонд та архівні установи».

4. Обробка трудової інформації. Суб'єкти інформаційних відносин у сфері праці проводять обробку зібраної трудової інформації. Обробка інформації полягає в її аналізі, систематизації, отриманні висновків на основі зібраної інформації. Саме дані, одержувані в результаті обробки, становлять найбільшу цінність для сторін інформаційних відносин у сфері праці. Обробка може здійснюватися логічними методами і за допомогою електронних систем та перетворюватися на різні бази даних. Трудове законодавство не обмежує процесу обробки відомостей. Тобто вимоги висуваються не до самого процесу обробки інформації, а до того, який обсяг інформації допустимо обробляти.

5. Отримання, передача, надання і поширення трудової інформації. Ці процеси є способами обміну інформацією. Отримання інформації полягає в прийомі суб'єктом інформаційних відносин у трудовій сфері інформації, яка може вплинути на розвиток трудових і безпосередньо пов'язаних з ними відносин. Наприклад, роботодавець, отримавши результати медичного обстеження працівників, відповідно до яких виявлено особу, котрій протипоказано виконувати ту чи іншу роботу, повинен обробити отриману інформацію та запропонувати працівникові, у разі отримання його згоди, іншу легшу роботу, яка підходить за станом його здоров'я (ст. 170 КЗпП України).

Передача інформації регламентована в частині персональних даних працівника, а також при повідомленні, наприклад, про нещасний випадок на виробництві («Порядок розслідування та обліку нещасних випадків, професійних захворювань та аварій на виробництві», затверджений постановою Кабінету міністрів України від 17 квітня 2019 р. № 337.). Надання інформації – процес, який об'єднує отримання і передачу інформації. Це процес взаємодії суб'єктів інформаційних відносин у сфері праці, коли на одному із суб'єктів лежить обов'язок передачі інформації, а на іншому – її обробки і можливої відповідної реакції. Згідно з чинним трудовим законодавством працівник має право знайомитися з усіма матеріалами перевірки. Роботодавець же, виконуючи обов'язок щодо передачі інформації, має право на зустрічне отримання результату обробки переданої інформації у вигляді пояснення.

Зазначимо, що поширення інформації відрізняється від її надання, а саме: 1) при поширенні коло одержувачів інформації не визначено; 2) розповсюдженню інформації зобов'язаний ідентифікувати себе; 3) є можливість відмовитися від надання інформації²⁵.

Під час розгляду інформації потрібно враховувати й обмеження, встановлені для передачі інформації у сфері праці. Тут постає запитання, чи може роботодавець поширювати інформацію про дисциплінарні покарання і заохочення працівників шляхом розміщення відповідних наказів у місцях, де кожен охочий може ознайомитися з ними. Відповідно до принципу неприпустимості передачі інформації без згоди суб'єкта, чий інтересів вона стосується, роботодавець без згоди працівника не може поширювати таку інформацію. Протиставити цьому твердженню можна аргумент про виховну функцію дисциплінарного стягнення, яка звернена не тільки безпосередньо до працівника, а й до його колег. Обмеження права роботодавця в такому випадку призводить до звуження його можливостей управління персоналом. Отже, «вето» працівника може бути обмежене призначенням поширюваної інформації.

6. Обробка трудової інформації. До процесу обробки інформації у сфері праці залучені абсолютно всі суб'єкти трудових і безпосередньо пов'язаних з ними відносин. Розвиток інформаційних відносин у сфері праці полягає в постійному виробництві інформації, її перетворенні, оновленні та поповненні за допомогою цього виробництва. Роботодавець виробляє інформацію про працівників, умови праці, технології. Працівник – про свою діяльність і службові винаходи. Органи соціального партнерства – про намір вступити в колективні переговори, про ставлення до локальних актів, що приймаються роботодавцем, і звільнення. Контрольні та наглядові органи – про дотримання трудового законодавства сторонами трудового договору. Інформація, вироблена суб'єктами інформаційних відносин у сфері праці, доводиться до суб'єктів, які є учасниками процесів обробки, збору, зберігання, передачі та поширення інформації.

Висновки. Наведена характеристика дає змогу сформулювати дефініцію поняття інформаційних відносин у трудовому праві: це особливий вид відносин між суб'єктами трудового права з пошуку, збору, зберігання, обробки, накопичення, передачі, надання, поширення та обробки трудової інформації. Відомості, що визнаються трудовою інформацією, необхідні для реалізації працівниками і роботодавцями індивідуальних та колективних трудових прав у межах трудових правовідносин. Водночас доведення такої інформації до відома суб'єктів трудового права істотно впливає на розвиток цієї галузі права, що є важливим у сучасний період розвитку інформаційного суспільства в Україні.

¹ Цит. за: Інформація. *Вікіпедія – вільна енциклопедія*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/> (дата звернення: 05.10.2020).

² Тихомиров О. Інформаційні права людини як цивільно-правова категорія. *Юридичний вісник*. 2015. № 1 (34). С. 104.

³ Тихомиров О.О. Забезпечення інформаційної безпеки як функція сучасної держави: монографія / за заг. ред. Р.А. Калужного. Київ: Центр навч.-наук. та наук.-практ. вид. НА СБ України, 2014. С. 135.

⁴ Заярний О.А. Правове забезпечення розвитку інформаційної сфери України: адміністративно-деліктний аспект: монографія. Київ: Вид. дім «Гельветика», 2017. С. 8.

- ⁵ Харенко О.В. Поняття «інформація» в юридичній науці та законодавстві України. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 3. С. 120.
- ⁶ Кормич Б.А. Інформаційне право: підручник. Харків: БУРУН і К, 2011. 334 с.; Осауленко О.І. Місце правозастосовних актів у правовій системі актів. *Держава і право*. 2010. Вип. 49. С. 23–27.
- ⁷ Кірейцева Г.В. Екологічна інформація в бухгалтерському обліку підприємства. *Вісн. ЖДТУ*. 2011. № 3 (57). С. 65–69.
- ⁸ Біленська Д.О. Визначення інформації в концепції антропоцентричного підходу. *Теорія і практика правознавства*. 2013. Вип. 2. С. 1–11; Дзьобань О.П. Інформація в контексті антропоціогенезу: філософський сенс. *Інформація і право*. 2011. № 1 (1). С. 34–40; Пилипчук О.Г., Дзьобань О.П. Феномен інформації: історико-правові та філософські аспекти. *Інформація і право*. 2015. № 1 (13). С. 5–14.
- ⁹ Бачило І.Л. Информационное право – новая отрасль права Российской Федерации: (методология, теория, практика). *Государство и право*. 2008. № 3. С. 89.
- ¹⁰ Словарь иностранных слов. 12-е изд. Москва: Рус. яз., 1985. С. 201.
- ¹¹ Словник української мови: в 11 томах. Київ: Наук. думка, 1973. Т. 4: І-М. С. 42. URL: <http://sum.in.ua/s/informacija> (дата звернення: 05.10.2020).
- ¹² Харенко О.В. Поняття «інформація» в юридичній науці та законодавстві України. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 3. С. 119.
- ¹³ Кормич Б.А. Інформаційне право: підручник. Харків: БУРУН і К, 2011. С. 41.
- ¹⁴ Марценюк О.Г. Теоретико-методологічні засади інформаційного права України: реалізація права на інформацію: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2009. С. 219.
- ¹⁵ Красноступ Г.М. Проблема визначення об'єкта та предмета інформаційного права. *Офіц. вебсайт Міністерства юстиції України*. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_7949 (дата звернення: 05.10.2020).
- ¹⁶ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text> (дата звернення: 05.10.2020).
- ¹⁷ Чанишев Р.І. Право на інформацію сторін трудового договору. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. № 4. С. 168.
- ¹⁸ Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text> (дата звернення: 5.10.2020).
- ¹⁹ Там само.
- ²⁰ Про колективні договори і угоди: Закон України від 1.07.1993 р. № 3356-XII. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3356-12#Text> (дата звернення: 05.10.2020).
- ²¹ Тихомиров О.О., Тугарова О.К. Юридична відповідальність за правопорушення в інформаційній сфері: навч. посіб. Київ: Нац. акад. СБУ, 2015. С. 67.
- ²² Чанишев Р.І. Право на інформацію сторін трудового договору. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. № 4. С. 166.
- ²³ Савич В.И. Управление трудом и трудовое право. Томск, 1986. С. 107.
- ²⁴ Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ленинград: Из-во Ленинградского ун-та, 1949. С. 39.
- ²⁵ Про інформацію: Закон України від 2.10.1992 р. № 2657-XII. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text> (дата звернення: 05.10.2020).

Резюме

Вакарюк Л.В. Інформаційні правовідносини в трудовому праві крізь призму трудової інформації.

У статті досліджено правову природу інформаційних правовідносин в трудовому праві крізь призму трудової інформації. Зазначено, що трудове право є тією галуззю права, де інформація є одним із чинників ефективної реалізації суб'єктами трудового права своїх прав та обов'язків. У вітчизняному трудовому законодавстві сформувався інформаційний простір з певною сукупністю інформаційних відносин як суспільних, врегульованих нормами трудового права, суб'єкти яких є носіями взаємних інформаційних прав та обов'язків. Визначити інформаційні відносини у трудовому праві можна за допомогою поняття інформаційних відносин, що склалося в науці інформаційного права, і відмінних видових ознак інформації у трудовому праві. Наведено дефініцію поняття інформаційних відносин у трудовому праві як особливого виду відносин між суб'єктами трудового права з пошуку, збору, зберігання, обробки, накопичення, передачі, надання, поширення та обробки трудової інформації.

Ключові слова: трудове право, трудове законодавство, суб'єкти трудового права, інформація, інформаційні правовідносини, трудова інформація.

Резюме

Вакарюк Л.В. Информационные правоотношения в трудовом праве сквозь призму трудовой информации.

В статье исследована правовая природа информационных правоотношений в трудовом праве сквозь призму трудовой информации. Указано, что трудовое право – та отрасль права, где информация является одним из факторов эффективной реализации субъектами трудового права своих прав и обязанностей. В отечественном трудовом законодательстве сформировалось информационное пространство с определенной совокупностью информационных отношений как общественных, урегулированных нормами трудового права, субъекты которых являются носителями взаимных информационных прав и обязанностей. Определить информационные отношения в трудовом праве можно с помощью понятия информационных отношений, сложившегося в науке информационного права, и отличных видовых признаков информации в трудовом праве. Определена дефиниция понятия информационных отношений в трудовом праве как особого вида отношений между субъектами трудового права по поиску, сбору, хранению, обработке, накоплению, передаче, предоставлению и распространению трудовой информации.

Ключевые слова: трудовое право, трудовое законодательство, субъекты трудового права, информация, информационные правоотношения, трудовая информация.

Summary

Lyudmila Vakaryuk. Information legal relations in labor law through the prism of labor legal information.

The legal nature of information legal relations in labor law is studied in the article through the prism of labor legal information. It is noted that labor law is a branch of law where information is one of the factors in the effective implementation of the subjects of labor law of their rights and responsibilities. After all, the concept of information should enshrine the most essential, legally significant properties and qualities for free and effective operation in the legal field (law enforcement), and the wording should be clearly perceived by all participants in the relationship. It must establish a certain sign form, which can be decoded and which is characterized by meaning for the sender and / or receiver, and it must have a certain value, significance. It is emphasized that from the legal point of view, despite the lack of unambiguous interpretation of the content of the studied category, the understanding of its conceptual essence depending on the context of use and dominance of ideas of its "uncertainty", the concept of "information" should have a formalized, axiomatic form. The lack of a clear, regulated concept can lead to legal conflicts during its application.

The domestic labor legislation has formed an information space, with a certain set of information relations as public, regulated by labor law, the subjects of which are the bearers of mutual information rights and responsibilities. It is possible to define information relations in labor law by means of the concept of the information relations which have developed in science of information law, and distinctive specific signs of the information in labor law. The subjects of information relations are: the employee, the employer and their representatives; social partnership bodies; bodies dealing with labor disputes; bodies that exercise supervision and control in the field of labor. The definition of the concept of information relations in labor law as a special type of relationship between the subjects of labor law for the search, collection, storage, processing, accumulation, transmission, provision, dissemination and processing of labor law. Information recognized as labor information is necessary for the implementation of employees and employers of individual and collective labor rights within the employment relationship.

Key words: labor law, labor legislation, subjects of labor law, information, information relations, labor law information.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.23

УДК 347.9

Х.А. ДЖАВАДОВ

*Хикмет Джавадов, доктор юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права имени В.М. Корецкого НАН Украины**
ORCID: 0000-0002-9645-1281

К ВОПРОСУ О НОВЫХ МЕТОДОЛОГИЧЕСКИХ ОСНОВАНИЯХ ИССЛЕДОВАНИЯ ПРОБЛЕМЫ ЭФФЕКТИВНОСТИ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Проблема эффективности гражданского судопроизводства особенно острое звучание получает в период проведения судебно-правовых реформ и новой кодификации законодательства. Любые изменения в сфере судебной юрисдикции должны иметь своей целью качественное улучшение порядка ведения процессуальной деятельности, упрощение, ускорение и оптимизацию гражданской процессуальной формы, в конечном итоге, повышение эффективности ее осуществления.

На достижение этих целей, собственно, и должна быть направлена законотворческая деятельность. В таких условиях, как нам представляется, важно определить надлежащие исходные приемы, способы и методы познания эффективности как концептуальные основания развития теории и практики гражданского судопроизводства.

Конечно, вопросы методологии правовых исследований не являются новыми для юридической доктрины. Осознание того факта, что применение только действительно научных методов и подходов способно привести к получению нового знания обусловило значительный исследовательский интерес к проблеме методологических начал изучения правовых явлений. Основным концептом проводимых исследований стало рассмотрение методологии как необходимого познавательного основания любой системы научного знания¹. В самом деле, невозможно обойтись без развитой методологической базы для выявления существенных признаков, особенностей правосудия по гражданским делам, критического осмысления предлагаемых законодательных решений по преобразованию гражданского судопроизводства, обоснованию системных изменений судебного правоприменения и правотолкования. До недавнего времени в силу вполне понятных причин идеологического характера методы изучения правовой действительности были ограничены преимущественно нормативистскими подходами к проблемам правоправедения, что, пожалуй, и привело к использованию методов материалистической диалектики в качестве основных приемов познания.

При этом, не отказываясь от положительных научных разработок прошлых периодов, важной задачей представляется формирование новых методологических начал исследования правовых явлений. Эти слова в

© Х.А. Джавадов, 2020

* *Hikmat Javadov, Dr. hab in Law, Senior Researcher of V.M.Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

полной мере касаются и изучения проблематики гражданского процессуального права. Необходимы новые и одновременно с этим эффективные приемы и методы изучения.

Очевидно, что разрешение этой задачи в условиях выявления несовершенства прежних методологических подходов возможно лишь на стыке различных систем научного знания, и в первую очередь новейших разработок философской научной мысли.

Вопрос методологии изучения такого явления, как эффективность гражданского судопроизводства, актуализирует момент соблюдения понятийного соответствия, связанного с тем, что изначально и методология, и эффективность являются характеристиками деятельности. Термин «метод» является общим, он используется не только в науке. В литературе метод определяется как способ теоретического исследования или практического осуществления чего-нибудь; способ действовать, поступать каким-нибудь образом, прием²; действие, в результате которого достигается определенная цель, а также вид и способ выполнения такого действия³; совокупность юридических приемов, средств, способов воздействия социальных управляющих систем, входящих в государственный аппарат, на социально-правовую среду в целом и на составляющие ее элементы⁴. Соответственно, сколько обособленных видов деятельности в сфере гражданского судопроизводства мы сможем выделить, столько существует самостоятельных предметных областей установления метода. Правоведами отмечается, что научные методы опосредуют все этапы профессиональной правовой деятельности. Исходя из этого, следует различать методы познания права, методы создания права и методы его применения⁵.

Как известно, методология представляет собой систему средств, методов, приемов познания, используемых в определенной науке, а также систему принципов организации самой познавательной деятельности⁶. При этом, несмотря на кажущуюся на первый взгляд понятность самого термина методология, в правовой литературе представлены различные точки зрения на этот счет.

Так, по мнению одних авторов, методология представляет собой организованную систему исследовательских средств, направленных на формирование концептуальных схем постановки правовых проблем и организации путей их решения⁷.

Другие ученые, рассматривая в методологии необходимый компонент общей теории права, предлагают ее понимание в качестве сложной системы приемов, способов познания предмета правовой науки и раскрытия закономерностей функционирования и всестороннего развития права⁸.

Отдельные исследователи сущность методологии видят в способах юридического познания, создания и организации юридического знания⁹.

Разнообразие исходных посылок приводит некоторых авторов к возможности формирования новых категорий – «методология правовых исследований», в которую включается совокупность используемых средств познания правовых явлений и, прежде всего, государства и права¹⁰; или выделения методологии науки как самостоятельной отрасли правоведения или части общей теории права¹¹, ее отождествления с философией¹².

Еще дальше в своих рассуждениях идет А.В. Цихоцкий. Анализируя сущность правосудия по гражданским делам, автор поднимает вопрос о своеобразии методологии науки гражданского процессуального права, выявляя ее отличные черты от методологии иных правовых наук. Для А.В. Цихоцкого методология науки гражданского процессуального права – это, прежде всего, методы познания гражданского процессуального права и правосудия по гражданским делам. При этом исследователь оговаривает возможность применения научных выводов правоведения при формировании основ теории гражданского процесса, исследовании фундаментальных проблем гражданского процессуального права¹³.

Каждая из представленных позиций заслуживает самого пристального внимания. И особенно – попытки придания специального характера методологии науки гражданского процессуального права. Любая правовая отраслевая методология неизменно будет основываться на понятийно-категориальном аппарате и структуре общенаучной и общеправовой методологии¹⁴. Задача видится в другом. Учитывая специфический предмет познания гражданского процессуального права, обосновать самостоятельные методы и приемы его исследования.

Можно даже поставить вопрос еще шире. Сформировавшаяся за долгие годы своего становления система научных знаний о судебной деятельности по гражданским делам нуждается в кардинальном пересмотре и обновлении с учетом современных тенденций, в том числе глобального контекста развития гражданского судопроизводства. В этой связи важен методологический инструментальный анализ. Эти слова в равной степени применимы и к проблеме эффективности гражданского судопроизводства.

Действительно, как изучать проблему эффективности гражданского судопроизводства, с помощью каких приемов и способов познания? На наш взгляд, в основании системы представлений о гражданском процессе – общенаучная методология, т. е. методы, пригодные для исследования любого правового явления. Общенаучные методы – это базис формирования нового достоверного и аргументированного знания.

Как известно, основоположным общенаучным методом были и остаются принципы, законы и категории диалектики.

Правовая наука советского периода исходила из единства и всеобъемлющего характера диалектического материализма. Позже диалектический материализм выдержал немало критики, однако и в современных исследованиях диалектика не утратила основных позиций. На первый план современных исследований выходят вопросы соотношения диалектики с другими составляющими методологии, а также квалификации диалектики в качестве метода, подхода либо философской основы. Представляется, что различие во взглядах

в значительной мере обусловлено различным толкованием сути и объема понятия «диалектика». До тех пор, пока философская теория не предложит новых постулатов и способов познания мира.

Сущность диалектического подхода заключается в том, что он способствует осмыслению изучаемого предмета с прямо противоположных научных позиций. Учитывая разность взглядов и высказываемых точек зрения, диалектика позволяет определить актуальность изучения того или иного явления, а также последовательность получения знаний различного содержания¹⁵.

В этом смысле принципы, законы и категории диалектики востребованы гражданской процессуальной наукой и, прежде всего, для более глубокого понимания природы гражданской процессуальной деятельности, правильной последовательности осуществления. В свою очередь, это необходимо для определения путей совершенствования гражданского процессуального законодательства.

Общенаучными методами изучения являются и метод системного анализа, и деятельностный подход. Эти методы могут принести желаемые результаты в исследовании эффективности гражданского судопроизводства, поскольку дают возможность представить гражданское судопроизводство как одну целостную систему, взаимные связи элементов которых формируют его структуру. Это будет способствовать осмыслению возможной структуры эффективности, необходимых уровней ее познания.

Кроме того, важно учитывать и динамические свойства гражданской процессуальной деятельности. Социальные отношения не существуют и не могут существовать в отрыве от деятельности, ее нужно рассматривать исходя из того, что это деятельность по отправлению правосудия по гражданским делам, при объяснении которой применяются принципы общей теории деятельности¹⁶. Деятельностный подход помогает исследовать рассматриваемую проблему с позиций стадий и этапов гражданского судопроизводства.

Все чаще в цивилистической науке отстаивается тезис о важности применения в своих исследованиях методов неюридических наук. Речь идет преимущественно о возможностях обогащения теоретических исследований за счет дополнительной аргументации и обоснования. Методы неюридических наук позволяют учитывать не только юридические аспекты законодательных преобразований, но и последствия в сфере экономики, политики, социальной жизни и общей социокультурной обстановки в обществе. Их применение позволяет прогнозировать влияние конкретных норм права на состояние и развитие общества в различных сферах жизнедеятельности. Как следствие, неюридические методы дают возможность более эффективно оценивать влияние законодательства на общественные отношения¹⁷.

Использование приемов, способов и средств изучения, свойственных социологии, политологии, а также экономической теории в соединении с методами иных неюридических наук способно привести к новым научным результатам. Все дело в том, что методы неюридических наук могут расширить предлагаемую аргументацию, обосновать изменения в нормативно-правовом регулировании, опираясь на общественное мнение и потребности и возможности общества и государства.

Судебно-правовая реформа должна иметь помимо всего прочего и экономическое обоснование. Говоря об эффективности гражданского судопроизводства, этот тезис имеет первостепенное значение. Стоимость и длительность судебного разбирательства – ключевые характеристики доступности правосудия по гражданским делам. Нормальное функционирование судопроизводства предполагает постоянные весомые денежные ресурсы.

Социологические приемы также могут оказаться весьма полезными для изучения проблем гражданского процессуального права. Право, в том числе, и социальное явление. Поэтому необходимо учитывать многочисленные социальные или, точнее говоря, социокультурные аспекты проводимых реформ. В этом плане востребованными являются такие приемы и способы, успешно применяемые в социологии, как: сбор и анализ статистических данных, проведение опросов, изучение общественного мнения и др. Они позволят определить основные недостатки действующей системы правовых норм, общественные ожидания и потребности от такого социального и правового института, как суд. На этой основе могут быть выработаны соответствующие изменения гражданского судопроизводства с целью повышения его эффективности.

Для формирования мировоззренческой основы исследования проблем эффективности гражданского судопроизводства особое значение имеют общеправовые методы познания.

К примеру, использование формально-догматического метода способствует не только формированию надлежащей системы понятий и категорий доктрины эффективности, но и анализу всей модели правосудия по гражданским делам, включая теоретические положения и практику их реализации.

Представляется необходимым и применение исторического метода в исследовании эффективности гражданского судопроизводства. Этот метод тем более имеет ценность, учитывая богатое историческое наследие нашего государства. Проследить за историческим развитием гражданской процессуальной формы, осмыслить истинные причины реформирования законодательства, оценку его эффективности – задача современного исследователя гражданского процессуального права. Это поможет не допустить ошибок прошлого, научиться на опыте былых поколений, перенять только все самое лучшее из национального правового наследия.

Немаловажное значение в условиях расширяющейся глобализации имеет сравнительно-правовой метод исследования правовых явлений. В основе этого метода – сравнение различных правовых порядков, законодательных решений, выявление общего и особенного в нормативном регулировании гражданской процессуальной деятельности. Компаративистские исследования обогащают теорию и практику гражданского процесса. Позволяют с иных позиций рассмотреть то или иное правовое явление. Не исключено и обратное дви-

жение – рецепция удачных правовых конструкций и норм. Все это, без сомнения, влияет на эффективность национального гражданского судопроизводства.

Нельзя не упомянуть в контексте нашего исследования и о таком методе познания гражданского процессуального права, как метод обобщения судебной практики. Гражданское судопроизводство – это деятельность динамическая. Собственно, правоприменение позволяет увидеть проблемные моменты нормативного регулирования движения гражданского дела. От того, насколько правильно будут применяться правовые нормы, зависит оценка эффективности гражданского судопроизводства.

Кроме того, изучение проблемы эффективности гражданского судопроизводства с позиций судебной практики предусматривает разрешение ряда вопросов, а именно: насколько полезно судопроизводство для различных субъектов, как оно справляется с возложенной на него ролью, во что обходится обществу, государству и конкретному пользователю. Исследование также призвано выявить те факторы, которые влияют на эффективность гражданского судопроизводства. Это позволит судить о значимости и востребованности судопроизводства в обществе и правовой системе. В конечном итоге исследование эффективности гражданского судопроизводства направлено на обоснование предложений по повышению его пользы для общества.

Подводя некоторые итоги рассмотрению методологии исследования эффективности гражданского судопроизводства, отметим следующее. Полагаем, что нет достаточных оснований для обособления методологии в качестве отдельной науки либо самостоятельного учения вследствие ее неразрывного единства с научным знанием.

Методология – это структура организации и развития научного знания. Методологическое свойство научного знания обеспечивает его систематизацию, структурирование, проверку истинности и развитие. В таком качестве, взаимодействуя с различными по степени обобщения объектами, методология реализуется на различных уровнях науки, что позволяет говорить о методологии, сложившейся в науке вообще, в отраслевых науках, отдельном исследовании. Формирование методологии любого уровня происходит в соответствии с правилами логики и диалектики, одинаково всеобщими, однако различными по степени строгости содержательных положений.

Влияние предмета и цели исследования обуславливает приоритет следующих факторов формирования методологии эффективности гражданского судопроизводства: обращение, помимо нормативных, также и к естественно-правовым, социологическим, психологическим контекстам правопонимания; использование системного и деятельностного подхода в исследовании судопроизводства; использование методов неюридических наук при исследовании судопроизводства в плоскости опосредуемых благ и результатов; использование метода обобщения судебной практики для разрешения задач практического характера¹⁸.

¹ Керимов Д.А. Вступительная статья к книге Лукач Р. Методология права (пер. с сербохорватского). Москва: Прогресс, 1981. С. 12.

² Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. Москва, 2006. 944 с.

³ Лукич Р. Методология права / под ред. Д.А. Керимова. Москва: Прогресс, 1981. С. 32.

⁴ Малешин Д.Я. Методология гражданского процессуального права. Москва: Статут, 010. С. 15.

⁵ Лукич Р. Методология права / под ред. Д.А. Керимова. Москва: Прогресс, 1981. С. 59–82.

⁶ Козюбра Н.И. Понятие и структура методологии юридической науки. *Методологические проблемы юридической науки*. Киев: Наукова думка, 1990. С. 8–19.

⁷ Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 11.

⁸ Сырых В.М. Логические основания общей теории права: в 2 т. Москва: Юридический дом «Юстицинформ», 2001. Т. 1: Элементный состав. С. 365.

⁹ Скакун О.Ф. Теория государства и права. Харьков: Консум, Ун-т внутр. дел, 2000. С. 14.

¹⁰ Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам: дис. ... д-ра юрид. наук. Новосибирск, 1998. С. 132.

¹¹ Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного Университета, 2001. С. 4.

¹² Керимов Д.А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. 2-е изд. Москва: Аванта+, 2001. С. 23.

¹³ Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам: дис. ... д-ра юрид. наук. Новосибирск, 1998. С. 17, 157.

¹⁴ Малешин Д.Я. Методология гражданского процессуального права. *Правоведение*. 2010. № 1. С. 54.

¹⁵ Малешин Д.Я. Общенаучные методы гражданского процессуального права. *Вестник СГАП*. 2010. № 6. С. 123.

¹⁶ Малешин Д.Я. Особенности российского типа гражданского процесса. *Труды юридического факультета*. Москва: Правоведение, 2008. Кн. 10. С. 23.

¹⁷ Малешин Д.Я. Методология гражданского процессуального права. *Правоведение*. 2010. № 1. С. 60–61.

¹⁸ Джавадов Х.А. Проблемы эффективности гражданского судочинства. Киев: Изд-во «Юридична думка», 2018. С. 33–52.

Резюме

Джавадов Х.А. До питання про нові методологічні підстави дослідження проблеми ефективності цивільного судочинства.

Стаття присвячена методологічним підставам дослідження проблеми ефективності цивільного судочинства. Як базисну автор формулює тезу про те, що будь-які зміни в сфері судової юрисдикції повинні мати на меті якісне поліпшення порядку

ведення процесуальної діяльності, спрощення, прискорення й оптимізацію цивільної процесуальної форми, а у підсумку – підвищення ефективності її здійснення. У роботі зазначається, що важливим завданням є розробка нових методологічних засад дослідження правових явищ. Розв'язання цього завдання в умовах виявлення недосконалості колишніх методологічних підходів можливо лише на стику різних систем наукового знання і передусім новітніх розробок філософської наукової думки.

Обґрунтовується, що система наукових знань щодо судової діяльності у цивільних справах потребує кардинального перегляду та оновлення з огляду на сучасні тенденції, у тому числі глобального контексту розвитку цивільного судочинства. Аргументується, що в основі системи уявлень про цивільний процес лежить загальнонаукова методологія.

Доводиться, що методи неюридичних наук здатні розширити пропоновану аргументацію, обґрунтувати зміни в нормативно-правовому регулюванні, спираючись на громадську думку і потреби та можливості суспільства й держави. Для формування світоглядної основи дослідження проблем ефективності цивільного судочинства особливе значення мають загальноправові методи пізнання.

Ключові слова: метод, методологія, загальнонаукові методи, історико-правовий метод, порівняльно-правовий метод, метод узагальнення судової практики, цивільне судочинство, цивільна процесуальна діяльність.

Резюме

Джавадов Х.А. К вопросу о новых методологических основаниях исследования проблемы эффективности гражданского судопроизводства.

Статья посвящена методологическим основаниям исследования проблемы эффективности гражданского судопроизводства. В качестве базисного автор формулирует тезис о том, что любые изменения в сфере судебной юрисдикции своей целью должны иметь качественное улучшение порядка ведения процессуальной деятельности, упрощение, ускорение и оптимизацию гражданской процессуальной формы, в конечном итоге, повышение эффективности ее осуществления. В работе отмечается, что важной задачей представляется формирование новых методологических начал исследования правовых явлений. Решение этой задачи в условиях выявления несовершенства прежних методологических подходов, возможно лишь на стыке различных систем научного знания и, в первую очередь, новейших разработок философской научной мысли.

Обосновывается, что система научных знаний о судебной деятельности по гражданским делам нуждается в кардинальном пересмотре и обновлении с учетом современных тенденций, в том числе глобального контекста развития гражданского судопроизводства. Аргументируется, что в основании системы представлений о гражданском процессе лежит общенаучная методология.

Доказывается, что методы неюридических наук способны расширить предлагаемую аргументацію, обосновать изменения в нормативно-правовом регулировании, опираясь на общественное мнение, потребности и возможности общества и государства. Для формирования мировоззренческой основы исследования проблем эффективности гражданского судопроизводства особое значение имеют общеправовые методы познания.

Ключевые слова: метод, методология, общенаучные методы, историко-правовой метод, сравнительно-правовой метод, метод обобщения судебной практики, гражданское судопроизводство, гражданская процессуальная деятельность.

Summary

Hikmat Javadov. On the matter of new methodological grounds for the study of the issue of the efficiency of civil procedure.

The article covers the methodological foundations of the study of the issue of the efficiency of civil procedure. As a basic statement, the author formulates that any changes in the field of court jurisdiction should aim to qualitatively improve the procedure, to simplify, accelerate, and optimize civil procedural form, and ultimately to increase the efficiency of its implementation.

It is noted that the formation of new methodological principles for the study of legal phenomena is the important task. The devices and methods of study are required to be new and effective at the same time. It is obvious that the solution to this problem in the conditions of revealing the shortcomings of the previous methodological approaches is possible only at the confluence of different systems of scholarship, and first of all, of the latest developments of philosophical scientific thought.

It is substantiated that the system of scholarship on judicial activity in civil proceedings, formed in a long time, needs to be radically revised and updated taking into account current trends, including the global context of the development of civil procedure. In this regard, the methodological tools for the analysis are important. It is equally applicable to the issue of the efficiency of civil procedure.

It is argued that the general scientific methodology underlies the system of the civil procedure perception. General scientific methods are the basis for the formation of some new reliable and reasoned knowledge. The principles, laws and categories of dialectics are in demand in civil procedural jurisprudence, most of all, for a deeper understanding of the nature of civil procedural activity and the correct chain of its implementation. In turn, this is necessary to determine ways to improve civil procedural legislation.

General scientific methods of study are both the method of system analysis and the activity approach. These methods allow presenting civil procedure as a single and integral system, the interrelationships between the elements of which form its structure. In addition, it is important to take into account the activity approach, which helps study the issue from the standpoint of civil procedure stages.

The methods of non-legal sciences are able to expand the argumentation, to justify changes in the legal regulation based on public opinion and the needs and capacities of society and the state.

Key words: method, methodology, general scientific methods, historical and legal method, comparative and legal method, method of generalization of judicial practice, civil procedure, civil procedural activity.

A. KOSTRUBA

Anatolii Kostruba, Dr. hab. in Law, Professor, Professor of Educational and Scientific Law Institute of Vasyl Stefanyk Precarpathian National University*

ORCID: 0000-0001-9542-0929

LIABILITY OF CORPORATE OFFICIALS IN THE FIELD OF CORPORATE GOVERNANCE. MODERN TENDENCIES

Problem formulation. The legal personality of a legal entity is embodied in the activities of its governing bodies, the purpose of which is to achieve results of entrepreneurial activity. However, in the process of interaction between the governing bodies of a legal entity, there are such situations when the participants of such interaction pursue goals directed differently or even oppositely, which is due to the polar aspirations to realize their own corporate interests.

This very idea, in the opinion of Professor Yu. Zhornokuy, is the basis for a corporate conflict¹. The scholar points out that in the conditions of non-transparency in the activities of most national joint-stock companies, their main advantages are realized through day-to-day management and decision-making, which in their turn are largely realized through shadow schemes, in which the governing body officials are involved. In such conditions, it is easy to underestimate profits or otherwise cause harm to a legal entity. Therefore, investments are risky for a shareholder who has obtained corporate rights, but does not have a real opportunity not only to influence, but also to control the process of managerial decision-making¹.

In the light of the above, the problem of legal liability of corporate officials of a legal entity for their decision-making requires a profound theoretical rethinking. Therefore, the relevance of theoretical work on the issue of liability of the governing body and their officials for actions harming the interests of a legal entity is beyond doubt.

Analysis of recent research and publications. The issue has been researched by many scholars, including Yuriy Basin, Beymut Shermukhametov, Lado Čanturia, Iryna Spasibo-Fateeva, Valentyna Vasilyeva, Evgeniy Sukhanov, Vladimir Vitushko, Wan Fauzian Wan Yusoff, Idris Adamu Alhaji, Schipani, Khaled Abdelkader Muftah Otman, Koji Funatsu, Diksha Kakkar, Jenifer Piesse and others. At the same time, the legal aspects of the nature of this liability in connection with the conditions of its incurrence have not been paid attention to and are the subject of this publication.

Purpose formulation. On the cusp of the 20th and 21st centuries, the tendency towards convergence of the national legal system with the legal systems of other states intensified in the legislation of the Eastern European states. Investment capital attraction requires transparency in the corporate governance system. An effective mechanism for protecting participants in corporate legal relations, which can be achieved by borrowing various legal practices from the world, is becoming an important factor in effective cooperation in the international economic sphere.

One of such practices is the concept of legal liability of the governing body officials for harm caused by their actions in the relevant field.

In Ukraine, the regulatory implementation of this concept is associated with the spread of such threats to ensuring the stability of the banking system as the execution of risky transactions (excessive lending to persons associated with the bank).

Main body. The study of this institution requires terminological definiteness of the concept of corporate governance, which has rather economic than legal content.

In this connection, one should recognize that the formula of corporate governance is that the subject of such governance is one who ensures the legal personality of a legal entity. This formula reveals itself in its certain features.

Thus, the corporate governance system consists of the governing bodies of a legal entity, ensuring its organizational unity and its participation in civil circulation on its own behalf. The bodies are a supreme governing body with the rule-making powers (a general meeting of participants or shareholders), a board of supervisors and an executive governing body (an executive board, a directorate or a director).

In view of the differentiation of the nature of corporate governance, of the multidimensionality in the enjoyment of its legal personality, the scope of powers to govern a corporation cannot be concentrated within the powers of the only subject. First of all, due to the imbalance of legal aspirations and capabilities (competence) of the subject of corporate governance, the concentration of leverages in the hands of a single person affects the efficiency of making and implementing managerial decisions.

The variability of the competence of corporate governance bodies of a legal entity provides for the differenti-

© A. Kostruba, 2020

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

ation of the level of legal liability of its natural persons. Its criterion is the content of the activity of the relevant body in relation to ensuring the legal personality of a legal entity, through the implementation of such characteristics of the latter as structural unity and participation in civil circulation on its own behalf, and it assumes the presence of administrative and economic components as well as of organizational and executive ones.

Today one can distinguish five basic models of corporate governance depending on the factor of historical, cultural and industry specificity (Anglo-American, German, Japanese, Soviet and Post-Soviet models). It seems that the above-mentioned models of corporate governance are distinguished as they have territorial differences in the mechanism of financial capital concentration. The development of each of them has not only a theoretical basis and practical applicability, but also individuality².

Thus, the Anglo-American model of corporate governance is characterized by a binary structure, including the general meeting of shareholders (the supreme governing body) and the board of directors as expressing its will (the executive body).

In turn, the German model of corporate governance is characterized by a multicomponent structure, in which binarity is a characteristic of the supreme body of corporate rule-making.

The supreme governing body is the general meeting. In the period between the work of the general meeting the board of supervisors performs the functions of control, of protection of shareholders' interests and of governance.

The executive body is represented by a panel (executive board) or by a sole person (director).

Despite this, at the same time, the principle of corporate governance structure of a legal entity is the factor of its unity.

The first (basic) level of structure is the corporate governance body, formed by a participant (or a founder) of a legal entity with the aim of concentrating capital and consolidating interest in achieving the goals of its activities. This body is the general meeting. It is the primary one in the corporate governance system. This body determines the governance model of the legal entity. By its formation, the participants (or founders) are given exclusive powers to determine the "fate" of a legal entity and directions of its activities.

In the period between the work of the general meeting, the board of supervisors performs governance functions on its behalf.

The second level of the corporate governance structure of a legal entity is the creation and operation of the body for implementing and executing decisions adopted by the supreme corporate governance body. Depending on the organizational and legal form of the legal entity, this level may be manifested in variable forms (an executive board, etc.). Thus, the general competence of the supreme governance body is diversified into special powers vested in the relevant executive corporate governance bodies of a legal entity, specifically created by the supreme governance body.

In China, the Corporate Law requires corporations to form three statutory and indispensable corporate governing bodies: (1) the shareholders, acting as a body at the general meeting; (2) the board of directors; and (3) the board of supervisors. In addition, the Corporate Law introduced two new statutory corporate positions: the Chair of the board of directors ("Chair") and the CEO³.

Unlike in the Chinese model of corporate governance, in Ukraine as well as in Germany supervisory board oversees the board of directors, and the members of the board of directors are appointed by, and may be dismissed by, the board of supervisors⁴.

From the above, the subjects of corporate governance, whose competence includes the exercise of their executive powers are subject to legal liability. These are the officials of the executive body of corporate governance.

This logic was laid down in some form in the Law of Ukraine "On Joint Stock Companies", Article 63 of which establishes the liability of officials of the bodies of a joint stock company for damages done to the company by their actions (or omission)⁵. Then, in 2015, it was also laid down in the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning the Protection of Investors' Rights"⁶, which amended Article 89 of the Commercial Code of Ukraine, establishing the officials' liability for damage caused by their actions committed with excess or abuse of official powers, their actions committed in violation of the procedure for the preliminary approval or of other decision-making procedure, etc.⁷ In the banking sector, civil liability of the corporate governance body officials was introduced by the Law of Ukraine "On Amendments to the Law of Ukraine "On Banks and Banking Activities" Concerning the Determination of the Particularities of Corporate Governance in Banks", which aggravated liability for persons associated with the bank, first of all, for heads of banks (Article 42), when making decisions affecting the financial condition of the bank⁸.

The aspect of the issue, covered in the present work, establishes the general conditions for legal liability of the corporate governance officials. For the time being, it has been doctrinally defined and legislatively enshrined not only in Ukraine, but also in most European countries that such conditions are the unity of subjective and objective elements of tort, which, in our opinion, is unjustified.

The vesting of officials of the corporate governance body of a legal entity with administrative and economic powers as well as with organizational and executive ones to manage the legal entity and its property forms the fiduciary nature of their relations.

Trust between members of society is the main factor in their interaction. Such trust lies not only in the plane of the cultural development of society, but also dialectically passes into the economic sphere. The existence of this phenomenon in the field of corporate governance is obvious. Its essence lies in the commission by officials of the

corporate governance body of legally significant actions, although in the interests of a legal entity, but exclusively at their own discretion, that is the nature of the good faith and the degree of the reasonableness of such actions is subjective. In such a case, the legal entity relies exclusively on the fiduciary nature of such relations.

In turn, the fiduciary nature of relations between a legal entity, founders (shareholders) and officials of the relevant corporate governance body forms another legal model of interaction between them. Confidence in the good faith and benevolence of the party with which the trustor is in legal relations, based on his trust, does not provide for the expectation of the trustee's irrational conduct.

Consequently, such relations lack proportionality. In their structure, there is no balance in the mechanisms for counteracting unfair conduct, which, for example, may be expressed in certain types of securing performance of obligations.

Since *fiducia* between the participants in these relations increases risks of the abuse of rights, it is correct, in our opinion, not only to establish reasonable compensation to the injured party, which is the institution of compensation for harm as such, but also to prevent unbenevolent conduct by aggravating legal liability of the corporate governance body officials by excluding guilt as a condition for its incurrance. In such a way, there is balancing the existing disproportion in the legal resources of the participants in the fiduciary relations being studied, with one of these participants being in a legally weak position.

The similar approach has been adopted in common law states. The precedent of *Caparo Industries PLS v Dickman* is widely known. The House of Lords, following the Court of Appeal, set out a "three-fold test", developed by Lord Bridge (the "Caparo Test"): 1. Whether the defendant's conduct was reasonably foreseeable. 2. Whether is sufficient proximity between the parties for a duty to be imposed. 3. Whether or not it is fair, just and reasonable to impose a duty of care⁹.

The first stage in the three-fold test is foreseeability. This has to do with the ability of the defendant to foresee the type of harm which the claimant suffered. This means that the injury of the claimant must have been foreseen by the defendant. Also, it has to be determined that the act of the defendant towards the claimant was negligent¹⁰.

The second stage in Caparo is proximity, this is the degree of closeness between the defendant and plaintiff. It was formerly called neighbour principle in *Donoghue v Stevenson*¹⁰.

However, it was defined by Lord Oliver in Caparo to not be closeness in the sense that the defendant was meant to protect anyone who is a claimant, but in the sense that the questions should be asked: in what capacity was the interest to be served and from what was he intended to be protected¹¹?

The third stage of the three-fold test of the duty of care is fairness, justice and reasonableness. This stage focuses on whether the duty of care should be imposed on the defendant. A duty of care is imposed where the courts thought it to be fair, just and reasonable to impose such duty¹¹.

It should be noted that such ideas of protecting the rights of the weaker party have been formed in legal doctrine since the beginning of the 20th century in the works of Yu. Gambarov¹². Therefore, the attempt to justify the existence of "strict (objective) liability" and the extension of its bounds to the corporate law sphere makes sense and has a clear legal tradition.

It is known that the objective elements of a civil offense, which include the wrongful conduct, harm caused and a causal relationship between the wrongful act and its result, are static, and their presence is a precondition for the incurrance of civil liability.

At the same time, the subjective element is variable. The guilt of a person as a subjective element may be absent, which does not exclude the ability of bringing a person to civil liability in some cases. This provision is the main argument of the theory of infliction, the supporters of which, as a basis for civil liability, recognize only the existence of the fact of causing harm and a causal relationship between the person's conduct and the negative consequences. At the same time, the subjective grounds for this harm are of no importance for the legal qualification of the person's acts. According to O. Ioffe, the duty to compensate for the harm caused without any guilt has a stimulating effect on the person as it prompts him or her to find and introduce new measures into his or her sphere of activities that will help, if not eliminate, at least mitigate or reduce the display of such insuperable force¹³.

Thus, the principle of the incurrance of civil liability, regardless of the guilt of the delinquent, becomes a reasonable balance in ensuring the interests of a legal entity and in realizing the professional competence of a corporate governance body and its officials.

Thus, the professional competence of a corporate governance body official is based on the objective compliance of his actions and decisions with the business standard. The level of this competence should not only to prevent the official from taking actions or making decisions that may cause harm, but also to predict the possible negative consequences of his own professional activities. In turn, establishing the official's liability, regardless of his guilt, only increases the demands of care and diligence made on him.

Prominent Soviet scholar B.S. Antimonov, while substantiating the effectiveness of the principle of infliction as a condition of liability, pointed out that through it, a person is instigated not only to avoid what we call "guilty conduct", but also, moreover, it makes the person develop new methods and means to reduce the risk to zero by all means, sparing no strength, time, and costs¹⁴.

In this context, attention should be paid to the position of Professor R. Maydanyk, who points out that "... the content of the concept of guilt of directors is established through the concept of reasonable and good faith conduct. At the same time, the director's responsibility should be excluded in case of missteps falling within the limits of business risk. The actual official's liability should be determined through the objective comparison of the decisions

of the corporate governance body with the established customs, the business practice standards (the standard of a “good boss”)¹⁵.

In support of the justifiability of this statement, one should cite the practice of the Ukrainian Supreme Court, which in its rulings noted that “... persons acting on behalf of a legal entity must act not only within the limits of their powers, but also in good faith and reasonably. A relationship of trust develops between a business entity and its official (in particular, a chief executive officer or a director) in the process of business activities, in connection with which this person’s wrongful conduct may be expressed not only in his failure to fulfill obligations directly established by the constituent documents of the entity or in excess of his powers when performing certain actions on behalf of the entity, but also in improper or unfair performance of actions not falling within the limits of normal economic risk, in making obviously ill-advised or extravagant decisions”^{16,17}.

The practice of law enforcement in the states of the Anglo-Saxon legal system has been developing in a similar way.

In particular, in his work *Individual Liability of Company Officers* Neil Foster has substantiated that where an offence under any of the relevant statutory provisions committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent or connivance of, or to have been attributable to any neglect on the part of, any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or a person who was purporting to act in any such capacity, he as well as the body corporate shall be guilty of that offence and shall be liable to be proceeded against and punished accordingly.

Where the affairs of a body corporate are managed by its members, the preceding subsection shall apply in relation to the acts and defaults of a member in connection with his functions of management as if he were a director of the body corporate¹⁸.

This case is familiar in the area of company law as stating the former standard of care required of directors, but if not actually yet overruled it should probably now be regarded as having been “overtaken” by a much higher standard of care¹⁸.

In applying the decision in *Wotherspoon* the Court of Appeal certainly affirmed, as noted, the need for attention to be paid to the “objective” question of what a director “ought to have known”, rather than the subjective issue of their actual knowledge¹⁸.

An example of the regulation of this issue in Australian law should also be given.

The legislation which operates in NSW at the moment is s 26 of the OHS Act 2000 (NSW), the essential parts of which are as follows: 26 Offences by corporations-liability of directors and managers (1) If a corporation contravenes, whether by act or omission, any provision of this Act or the regulations, each director of the corporation, and each person concerned in the management of the corporation, is taken to have contravened the same provision unless the director or person satisfies the court that: (a) he or she was not in a position to influence the conduct of the corporation in relation to its contravention of the provision, or (b) he or she, being in such a position, used all due diligence to prevent the contravention by the corporation. (2) A person may be proceeded against and convicted under a provision pursuant to subsection (1) whether or not the corporation has been proceeded against or been convicted under that provision¹⁸.

Conclusions. As it appears from the aforesaid, the conclusions are the following.

Firstly, the significance of the guilt of a corporate governance body official is smoothed over by the necessity of the certain level of his competence, by which not only the foreseeability by this person of possible negative consequences of his or her activities in the field of corporate governance is presumed, but the prevention of such consequences is also required. It is obvious that the responsibility of a person for the such negative consequences is the result of professional incompetence.

Thus, guilt, as a subjective attitude of a person to the actions performed by him or her in the field of corporate governance and their consequences is absorbed by the ability of preventing possible negative phenomena owing to the appropriate level of professional competence of an official.

It should be noted that in financial management there have been developed some methods for managing financial risks, the main importance of which is the functioning of appropriate mechanisms to minimize their negative consequences, including limiting risk concentration, hedging, diversification, risk avoidance, risk distribution, etc.¹⁹

Secondly, economic activities in a market economy are objectively associated with numerous risks. They are of economic nature and are objectively manifested, and through the probability of risk realization, the uncertainty of its consequences and the variability of its level, the risk also acquires a subjective assessment¹⁹. It is this characteristic of risk as a manifestation of the unequal assessment of this objective phenomenon that presupposes the level of management qualifications and the possibility of predicting risk event and neutralizing the negative consequences in the context of its identification, assessment, prevention and insurance¹⁹.

Thus, the awareness of risk-taking in one’s activities and risk management becomes an important characteristic of the activities of the corporate governance body officials. In this case, on the one hand, the protection of the rights, interests and legitimate expectations of participants in corporate legal relations, including a legal entity, is strengthened, and on the other hand, the threshold value of the level of good faith of the corporate governance body officials with respect to the requirements of their professional competence is objectified. Through the principle of “strict (objective) liability” of the corporate governance body officials for the harm caused during the adoption and implementation of managerial decisions, rights, interests, and legitimate expectations are filled with real meaning.

In the above context, the basis for the exemption of such an official from liability is only a case (causa), that is a circumstance the person has not been able to foresee by taking appropriate measures of his professional diligence required in specific conditions.

In this vein, Professor M. Braginsky's idea that the main task of civil law is to equalize the rights of the participants in legal relations by establishing special rights for one of them is correct. This is achieved either by recognizing supplemental rights of the weaker party or by establishing supplemental duties on the stronger party²⁰.

In addition to the form of doctrinal argument of the justifiability of expanding the bounds of liability of the corporate governance body officials for causing harm to a legal entity, the principle of protecting the weaker party determines the possibility of protecting not only subjective civil rights of the shareholder, but also his or her legal interest. It requires expanding the range of jurisdictional ways to protect subjective civil rights and interests of both a legal entity and its participants (founders), other interested parties, the procedural form of which is the institution of a derivative claim, which is the subject of further scientific discussions for the author.

¹ Жорнокуй Ю.М. Корпоративні конфлікти в акціонерних товариствах: цивільно-правовий аспект: монографія. Харків: Право, 2015. 532 с. С. 293, 298.

² Wan Fauzian Wan Yusoff, Idris Adamu Alhaji. Insight of Corporate Governance Theories. *Journal of Business & Management*. 2012. Vol. 1, Issue 1. P. 52–63. P. 53–58.

³ Schipani, Cindy A. and Liu, Junhai, (2001). Corporate Governance in China: Then and Now, No 407, William Davidson Institute Working Papers Series, William Davidson Institute at the University of Michigan. URL: <https://EconPapers.repec.org/RePEc:wdi:papers:2000-407>

⁴ Aktiengesetz [German Stock Corporation Act] §84 (1965).

⁵ Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р., № 514-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#n887> (дата звернення: 21.09.2020).

⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів: Закон України від 05 квітня 2015 р., № 289-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/289-19#Text> (дата звернення: 21.09.2020).

⁷ Господарський кодекс України: зі змінами і допов., внесен. Законом України від 21 липня 2020 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462.

⁸ Про внесення змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» щодо визначення особливостей корпоративного управління в банках»: Закон України від 04 липня 2014 р., № 1587-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1587-18#Text> (дата звернення: 21.09.2020).

⁹ Caparo Industries Plc v Dickman [1990] UKHL 2 (08 February 1990). URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1990/2.html>

¹⁰ Carl F. Stychin (2012). The vulnerable subject of negligence law. *International Journal of Law in Context*. 8. pp. 337–353. DOI:10.1017/S1744552312000249

¹¹ Nolan, Donal, The Duty of Care After Robinson v Chief Constable of West Yorkshire Police (September 2, 2019). Daniel Clary (ed), The UK Supreme Court Yearbook, Volume 9: 2017–2018 Legal Year (Appellate Press, 2019) 174–205, Oxford Legal Studies Research Paper No. 49/2019, SSRN. URL: <https://ssrn.com/abstract=3414361>

¹² Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. 793 с. С. 266.

¹³ Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. Очерк теории. Москва: Юрид. лит.-ра, 1976. 215 с. С. 194.

¹⁴ Антимонов Б.С. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. Москва, 1950. 276 с. С. 38.

¹⁵ Майданик Р.А. Развитие приватного права Украины: монография. Киев: Алерта, 2016. 226 с. С. 132.

¹⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04 грудня 2018 р. у справі № 910/21493/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78412710> (дата звернення: 21.09.2020).

¹⁷ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26 листопада 2019 р. у справі № 910/20261/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86333859> (дата звернення: 21.09.2020).

¹⁸ Neil J Foster. "Individual Liability of Company Officers" *Conference on European Developments in Corporate Criminal Liability* (2009). URL: http://works.bepress.com/neil_foster/34/

¹⁹ Бланк И.А. Основы финансового менеджмента. Т. 2. Киев: Ника-Центр. 1999. 512 с. С. 201, 213, 238.

²⁰ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. Москва, 2000. 848 с. С. 793.

Резюме

Коструба А.В. Юридична відповідальність посадових осіб корпорації в сфері корпоративного управління: сучасні тенденції.

Одним із шляхів усунення корпоративних конфліктів є інститут відповідальності посадових осіб органу корпоративного управління юридичної особи.

На сьогоднішній доктринально визначено й нормативно закріплено в законодавстві не лише України, а й більшості країн Європи, що такими умовами є єдність суб'єктивних та об'єктивних елементів делікту, що, на нашу думку, є невинуватим.

Фідуціарність відносин між юридичною особою, засновниками (акціонерами) і посадовими особами відповідного органу корпоративного управління формують специфічну юридичну модель взаємодії між ними. Впевненість у порядності й доброзичливості сторони, з якою довіритель перебуває у відносинах, заснованих на його довірі, не передбачає очікування ірраціональної поведінки повіреного.

Отже, такі відносини позбавлені пропорційності. Одна зі сторін має підвищену вразливість. Так, у структурі таких відносин відсутня збалансованість механізмів протидії недобросовісної поведінки.

Оскільки фідуція між учасниками зазначених відносин створює підвищені ризики зловживання правом, коректним, на нашу думку, є встановлення юридичних факторів не тільки справедливої компенсації потерпілій стороні, яким є інститут відшкодування шкоди як такої, а й встановлення превенції такого зловживання, інших видів недоброзичливої поведінки посилення юридичної відповідальності посадових осіб органу корпоративного управління юридичною особою шляхом виключення провини як умови настання відповідальності.

У такій спосіб відбувається збалансування наявної диспропорції в юридичних можливостях учасників досліджуваних довірчих відносин, один із яких перебуває в юридично слабкому стані. Аналогічний підхід закріплений у країнах системи загального права. Відомим є судовий прецедент у справі *Cararo Industries PLS v Dickman*.

Підставою звільнення посадової особи від відповідальності стає тільки випадок (*causa*) – обставина, яку особа не може передбачити прийняттям належних заходів професійної дбайливості, необхідних у конкретних умовах.

Ключові слова: корпоративне управління, відповідальність посадових осіб корпорації, юридична особа, органи управління, випадок в праві, відповідальність без вини.

Резюме

Коструба А.В. Юридическая ответственность должностных лиц корпорации в сфере корпоративного управления: современные тенденции.

Одним из путей устранения корпоративных конфликтов является институт ответственности должностных лиц органа корпоративного управления юридическим лицом. Автором приводится, что поскольку фидуция в сфере корпоративного управления создает повышенные риски злоупотребления правом, целесообразным является установление юридических факторов не только компенсации, но и превенции от возможных злоупотреблений должностных лиц путем исключения вины как условия их ответственности. Основанием освобождения должностного лица от ответственности становится только случай (*causa*) – обстоятельство, которое лицо не может предсказать принятием надлежащих мер профессиональной заботливости, необходимых в конкретных условиях.

Ключевые слова: корпоративное управление, ответственность должностных лиц корпорации, юридическое лицо, органы управления, случай в праве, ответственность без вины.

Summary

Anatolii Kostruba. Liability of Corporate Officials in the Field of Corporate Governance. Modern Tendencies.

One of the ways to eliminate corporate conflicts is the institution of liability of the corporate governance body officials. The author points out that since *fiducia* in the field of corporate governance increases risks of abuse of right, it is advisable to establish both the compensation for harm caused and the prevention from possible abuse of officials by excluding guilt as a condition for their responsibility. The basis for the exemption of an official from liability is only a case (*causa*), that is a circumstance the person is not able to foresee by taking appropriate measures of professional diligence required in specific conditions.

Key words: corporate governance, liability of corporate officials, legal entity, corporate governance bodies, case in law, strict (objective) liability.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.25

УДК 347.9

М.П. КУРИЛО, М.М. ШАПОВАЛ

Микола Петрович Курило, доктор юридичних наук, професор, перший проректор Сумського національного аграрного університету*

ORCID: 0000-0003-1496-134X

Микола Михайлович Шаповал, аспірант Сумського національного аграрного університету**

ORCID: 0000-0002-8253-9223

МЕТА ПІДГОТОВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Постановка проблеми. Осмислення місця і ролі підготовчого провадження при здійсненні цивільної процесуальної діяльності неможливе без формулювання питання стосовно його мети та завдань. Правильне визначення мети підготовчого провадження сприяє належному законодавчому оформленню даної стадії, чіткішому закріпленню прав і обов'язків суду й учасників судового процесу, системній побудові ЦПК України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До проблеми підготовчого провадження у цивільному судочинстві зверталися Н.Л. Бондаренко-Зелінська, С.С. Бичкова, С.В. Васильєв, О.В. Гетманцев, К.В. Гусаров, 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 науковці.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає в аналізі цілей підготовчого провадження в цивільному судочинстві.

© М.П. Курило, М.М. Шаповал, 2020

* *Mykola Kurylo, Dr. hab. in Law, Professor, First vice-rector of Sumy National Agrarian University*

** *Mykola Shapoval, Postgraduate student of Sumy National Agrarian University*

Виклад основного матеріалу. Не буде перебільшенням вважати, що мета підготовчого провадження перебуває в тісному взаємозв'язку та корелюється з загальними цілями цивільного судочинства. У доктринальній юридичній літературі проблема цілей цивільного процесу отримала певний розвиток. Вчені-процесуалісти акцентували свою увагу на впливу категорії «мета цивільного судочинства» на зміст стадій і основних інститутів та принципів цивільного процесуального права¹.

Вітчизняний законодавець завданням цивільного судочинства називає досягнення справедливості судового розгляду, яке повинно привести до ефективного захисту порушеного, оспорюваного або невизнаного права, чи інтересу в широкому його розумінні. Тобто в буквальному сенсі йдеться про справедливі судові провадження та процедури, процесуальну діяльність, що здійснюється судом і учасниками судового процесу не тільки для захисту суб'єктивного права, а свідчить про ефективність обраних засобів і методів такого захисту. Д.Я. Малешин, аналізуючи особливості цивільних процесуальних систем, наголошував на відмінності декларованих цілей цивільного судочинства. Це привело автора до теоретичних висновків щодо наявності об'єктивних відмінностей, які стосуються ролі суду в цивільному процесі, обсязі його активних повноважень і, у підсумку, можливості отримання істинного знання про фактичні обставини цивільної справи, а також інших сутнісних характеристик правосуддя у цивільних справах².

Очевидно, подібні відмінності викликані передусім відмінностями правових систем і, відповідно, класифікацій на такій підставі цивільних процесуальних порядків розгляду та вирішення правових спорів. Хоча зазначена проблематика тільки побічно стосується дискусійних питань підготовки справи до судового розгляду, проте вона зачіпає загальні питання здійснення сучасного цивільного судочинства. Точніше, є базисом пізнання цільових установок правосуддя у цивільних справах.

Правові системи сучасності, незважаючи на їхню різноманітність, підлягають опису. Як відомо, в результаті історичного розвитку багатьох держав склалися дві головні, проте діаметрально протилежні правові системи розгляду правових спорів.

Перша система отримала назву англо-саксонської (або система загального права), до якої належать країни з класичною змагальною моделлю цивільного судочинства. Найбільш яскравими представниками цієї системи є США та Великобританія з їхніми більш ніж віковими традиціями здійснення змагального правосуддя. Процесуалісти відзначають такі риси цивільної процесуальної системи цих країн: пасивне становище суду та активність сторін у процесі, особливо при здійсненні доказової діяльності. Інші характеристики правосуддя у цивільних справах зумовлені своєрідністю джерел права, підготовки справи до судового розгляду, широким застосуванням суду присяжних, процедур встановлення обставин у справі, у тім числі, за допомогою перехресного допиту, можливістю захисту прав невизначеного кола осіб тощо³.

Друга система розгляду правових спорів склалася в країнах Європи і набула поширення на деяких інших континентах. У назві цієї системи романо-германська або континентальна – позначився вплив римського права на процес формування європейської правової системи. Утім, цивільний процес європейських країн розвивався в дещо іншому напрямі, ніж матеріальне право, яке пережило рецепцію римського приватного права. На відміну від країн Нового Світу, де не тільки проголошувалися, а й реально забезпечувалися змагальні судові процедури, в Європі пішло шляхом створення інквізиційної моделі цивільного процесу, з превалюванням публічних інтересів і широкими слідчими повноваженнями судді⁴.

Проте було б помилковим зараз думати, що цивільні процесуальні системи розгляду правових спорів продовжують існувати в своєму первісному вигляді. Умовність будь-якого поділу вже давно апріорі визнана⁵. Англо-саксонська та романо-германська системи є одна для одної орієнтиром розвитку, втілюючи в собі й запозичуючи ті характеристики цивільного процесу, які здатні підвищити ефективність процесуальної діяльності і добитися справедливих результатів.

Наочними прикладами, що підтверджують вищезазначені тенденції, є зміни цивільного процесуального законодавства ряду провідних європейських країн, які пройшли під гаслом гармонізації судових процедур і правил. Справді, зближення цивільних процесуальних систем – це один із можливих шляхів розвитку сучасного цивільного судочинства. І якщо раніше процедури обміну змагальними паперами, розкриття доказів, перехресного допиту, проведення досудових нарад розглядалися виключно в аспекті аналізу зарубіжного досвіду здійснення цивільного судочинства, то останні кодифікації законодавства деяких країн Європи свідчать про їхнє повне сприйняття і затребуваність континентальною правовою системою. Водночас класична змагальна модель цивільного процесу модифікується за рахунок включення в неї більшої кількості активних повноважень суду як певного балансу публічних і приватних інтересів⁶.

Цивільні процесуальні системи показують різні варіанти регламентації мети цивільного судочинства. Для країн англо-саксонської правової системи важливим є пошук належної правової процедури – форми, що сприяє максимальній реалізації учасниками процесу своїх процесуальних прав і обов'язків. Очевидно, що це накладає певний відбиток і на процедури підготовки справи до судового розгляду. Не можна говорити, що для країн континентальної правової системи конструкції судових процедур не мають значення. Точніше буде сказати, що європейські цивільні процесуальні системи орієнтовані більшою мірою на результат розгляду цивільної справи – винесення законного і справедливого судового рішення, спрямованого на захист порушеного права або інтересу. Звідси і можливі відмінності в нормативних підходах до підготовчого провадження.

Для вітчизняної правової доктрини і практики проблема мети цивільного судочинства також не позбавлена підстав і практичного сенсу. Розуміння захисту права, а нерідко і його охорони як мети цивільного судочинства в цілому, було властиво цивілістичній процесуальній науці. Незважаючи на певні ідеологічні зміни

в радянський період, що торкнулися і цивільного судочинства, захист колективних прав та інтересів вбачався головною метою правосуддя у цивільних справах.

Сучасні перетворення знову висунули на перший план проблеми справедливості судового розгляду, захисту порушених, невизнаних або оскарженого прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави як мети цивільного судочинства. Так що ж первинне в ієрархії цілей цивільного судочинства – справедливі судові процедури або результат розгляду? Здається, що ці питання сьогодні мають першорядне значення. Зарубіжні дослідники ставлять питання ще ширше – новий соціальний контекст накладає вимогу істотних змін у цивільному судочинстві. Однак потрібно правильно визначити вихідну точку таких змін. У найширшому сенсі метою цивільного судочинства є вирішення індивідуальних спорів системою державних судів і реалізація соціальних цілей, функцій і стратегій⁷.

Тобто цивільне судочинство вже не тільки має орієнтуватися на задоволення індивідуальних потреб членів суспільства, а й бути здатним розв'язувати завдання соціального плану. Соціалізація цивільного процесу є однією з тенденцій його руху в останнє десятиліття. У цьому випадку можна говорити про те, що кореляція індивідуальних і соціальних інтересів – основа визначення мети цивільного судочинства.

У цих умовах актуалізується проблема адекватного відображення понятійно-категоріальним апаратом ЦПК України правових явищ. Наскільки точно можливо відобразити за допомогою категорії «захист права» цільові установки сучасного цивільного судочинства. О.В. Горецький звернув увагу на невідповідність понять «захист права» і «судовий захист» справжній сутності цих явищ. Автор наголошував: якщо уявити, що цивільний процес є діяльністю щодо захисту права, то кінцевий результат такої діяльності повинен визначатися як повна захищеність суб'єкта, чії права були порушені, оспорені або невизнані. На його думку, цивільне судочинство не завжди захищає право, маючи на увазі, що захист порушених і оспорених прав та інтересів громадян як мета правосуддя в цивільних справах може бути досягнутий лише реальним виконанням судового рішення⁸.

Справді, суд в прямому сенсі не захищає права або інтереси учасників справи. Його функція в іншому – правильно застосувати в результаті розгляду цивільної справи необхідну до спірних відносин норму права. Послідовність здійснення процесуальних дій судом веде саме до такого результату. Вчені-процесуалісти не раз підкреслювали умовність самого поняття «захист права», пояснюючи це необхідністю в процесі розгляду і вирішення справи виконання низки цивільних процесуальних обов'язків⁹. Але чи означає в даному випадку, що нам необхідно акцентувати увагу лише на одній стороні досліджуваного явища – самої судової процедури або внаслідок процесуальних дій, відображених у судовому рішенні.

Для суду і осіб, які беруть участь у справі, однаково важливими є як наявність можливості представлення своєї правової позиції, рівності умов спору і процесуальної співпраці, так і отримання сприятливого судового рішення. Шлях до справедливого судового розгляду і, відповідно, виконання судового рішення та захисту права лежить через належну судову процедуру. Тому правомірно, на наш погляд, ставити питання про необхідність гармонійного поєднання сформованих підходів до нормативного регулювання цілей цивільного судочинства.

Але ось що ще звертає на себе увагу в світлі розглянутих питань. Висловлені нами судження мають пряме відношення до охоронної функції цивільного судочинства. Водночас розширюються можливості наукового аналізу та обґрунтування того факту, що цивільному процесу властива і примирна функція. Не завжди суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин потребують повноцінного судового розгляду з винесенням судового рішення. Все частіше практика законотворчості розвинутих країн йде шляхом наділення суду чи інших осіб повноваженнями щодо сприяння сторонам у врегулюванні спору. Це один із напрямів розвитку судових примирних процедур. Тому положення щодо мети цивільного процесу може бути доповнено вказівкою на те, що в порядку цивільного судочинства здійснюється також сприяння у врегулюванні спору на умовах, досягнутих сторонами.

Вітчизняний законодавець не ставить перед собою завдання прямо визначити мету підготовчого провадження. У нинішній редакції ЦПК України йдеться про завдання підготовчого провадження, про цілі проведення якого законодавець згадує лише побічно, надаючи можливість здійснення й інших цивільних процесуальних дій, а не тільки тих, які названі в законі завданнями підготовки, з метою забезпечення правильного, своєчасного і безперешкодного розгляду справи по суті.

Як бачимо, нічого нового остання редакція ЦПК України не привнесла. Вироблена ще за радянських часів формула підготовки цивільних справ до судового розгляду продовжує переходити з одного кодексу до іншого. І якщо для згаданого періоду становлення цивільного процесуального права це дійсно був крок вперед з огляду на повну законодавчу нерозробленість цієї стадії, то в сучасних умовах сформульовані положення повинні знайти свій подальший розвиток.

Хрестоматійними сьогодні є слова вчених-процесуалістів радянського періоду про мету підготовки цивільних справ до судового розгляду як забезпечення розгляду і вирішення справи в одному, бажано першому судовому засіданні¹⁰. Зокрема, Н.Л. Бондаренко-Зелінська у своїй дисертаційній праці пише про цілі підготовці в контексті забезпечення правильного і своєчасного розгляду і вирішення справи в порядку цивільного судочинства¹¹. Ця позиція представлена в роботах інших сучасних авторів.

С.В. Васильєв, виділяючи підготовку цивільних справ до судового розгляду як самостійну стадію цивільного процесу, говорить про умови забезпечення правильного та своєчасного вирішення справи і винесення

сення законного й обґрунтованого судового рішення. Не змінює сутнісної характеристики вказівка цього автора на умови, які забезпечують правильність і своєчасність вирішення цивільної справи¹².

Деякі дослідники, втім, намагаються в своєму науковому пошуку йти далі і пропонують підготовку справи до судового розгляду розглядати крізь призму оптимізації цивільної процесуальної форми, акцентуючи увагу на необхідності її проведення з мінімальними витратами часу і коштів¹³.

У цитованих роботах в цілому відображені сформовані підходи до розуміння мети підготовки справи до судового розгляду. При цьому автори єдині в тому, що належним чином проведена підготовка сприяє якісному розгляду і вирішення цивільної справи. Поза сумнівом, що підготовка повинна бути здійснена в строки і порядку, встановленому цивільним процесуальним законом, привести до винесення справедливого судового рішення. Чи достатньо одного судового засідання для досягнення таких цілей? Відповідь очевидна. Важко порівнювати робоче навантаження сучасних суддів і суддів, які працювали в середині ХХ ст., за часів появи в законодавстві стадії підготовки справи до судового розгляду. Тобто питання мети проведення підготовчого провадження необхідно шукати в іншій площині.

Заслуговує на увагу позиція тих авторів, які говорять про важливість оптимізації цивільного процесу. На наш погляд, на перший план виходить проблема визначення засобів і методів такої оптимізації. У найзагальнішому вигляді йдеться про врегулювання спору за участю судді або будь-яких третіх осіб, процедури оптимізації доказової діяльності сторін, вирішення інших процесуальних питань, що мають підготовчу правову природу. Тільки в цьому випадку можна говорити про позитивну оцінку запропонованого в новій редакції ЦПК України алгоритму здійснення цивільних процесуальних дій.

Крім того, така постановка питання сприятиме визначенню ефективності всіх процедур підготовки справи до судового розгляду. Коли результат процесуальних дій буде відчутний при завершенні підготовчого провадження, тоді в стадії судового розгляду правомірно говорити про правильність, своєчасність і безперешкодність вирішення цивільної справи¹⁴.

Дії, які мають підготовчу правову природу – основа підготовчого провадження. Як слушно зазначив Х.А. Джавадов, своєрідність процесуальної діяльності детермінує відміну підготовки від судового розгляду, формує її сутність і є орієнтиром у встановленні цілей. Інакше кажучи, підготовка покликана увібрати в себе ту необхідну процесуальну діяльність (спрямовану на підвищення ефективності цивільного судочинства), яка неможлива або неефективна на стадії судового розгляду¹⁵. У даному зрізі дослідження передусім мають на увазі дії, пов'язані з можливістю врегулювання спору, визначенням суб'єктного складу осіб і забезпеченням належної доказової бази у справі. Це три основні напрями, за якими має здійснюватися підготовка справи до судового розгляду.

Примирення сторін давно потребує розширеного законодавчого тлумачення. Поряд з охоронною можливе виділення примирної функції цивільного судочинства. Законодавець вперше запропонував таку модель примирення, як врегулювання спору за участю судді. Варто згадати про величезний потенціал підготовчого провадження у реалізації ідеї схиляння сторін до миру. Стаття 197 ЦПК України передбачає, що суд встановлює строк та порядок врегулювання спору за участю судді при наявності згоди сторін на його проведення. Подібний підготовчий характер, що вимагає специфічних процесуальних засобів, притаманний і процесуальній діяльності щодо визначення суб'єктного складу осіб, які беруть участь у справі, і їхніх правових позицій, вимог та заперечень. Справедливий судовий розгляд можливий тільки, якщо до нього залучені всі особи, права або інтереси яких можуть бути порушені майбутнім судовим рішенням. Ці особи повинні бути завчасно повідомлені про сутність спору, час і місце судового розгляду, а також мати достатньо часу та можливостей для підготовки до участі в судовому розгляді¹⁶.

Наповнення доказової бази у справі також має підготовчий характер. Концепція рівних процесуальних можливостей знаходить своє відображення в положеннях про здійснення сторонами доказової діяльності. Як зазначають дослідники, сутність концентрації доказового матеріалу на етапі підготовки справи до судового розгляду полягає в здійсненні дій, спрямованих на зосередженні всіх належних, допустимих та достовірних доказів у справі¹⁷.

Висновки. Проведене дослідження дає підстави для висновку, що дії, пов'язані з можливістю врегулювання спору, визначенням суб'єктного складу осіб і забезпеченням належної доказової бази у справі – основні напрями, за якими має здійснюватися підготовка справи до судового розгляду.

¹ Горецький О.В. Процедури примирення в цивільному судочинстві. Київ: Логос, 2019. С. 81.

² Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России: дисс. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2011. С. 168.

³ Здрок О.Н. Гражданский процесс зарубежных стран. Москва: Изд-во деловой и учебной литературы, 2005. С. 20–21; Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, Изд-во УрГЮА. 1997. С. 20–28.

⁴ Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. Москва: Издательский Дом «Городец», 2004. С. 107.

⁵ Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, Изд-во УрГЮА. 1997. С. 36.

⁶ Бевзенко Р.С., Малешин Д.Я., Бочарова Н.С., Решетникова И.В. Сближение романо-германской и англосаксонской процессуальных систем. По материалам конференции Международной ассоциации по процессуальному праву в Торонто, 2009 г. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2009. № 8. С. 58–60.

⁷ Узелач А. Цели гражданского процесса. Основной доклад. *Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права*, 18–21 сентября 2012 г., Москва,

Россия: сб. докладов / под ред. д. ю. н. Д.Я. Малешина; Международная ассоциация процессуального права. Москва: Статут, 2012. С. 143.

⁸ Горещкий О.В. Процедури примирення в цивільному судочинстві: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. С. 117–118.

⁹ Дегтярев С.Л. Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве: теоретико-прикладные проблемы. Москва: Волтерс Клувер, 2007. С. 59–62.

¹⁰ Юдельсон К.С. Предварительная подготовка дела в советском гражданском процессе. Москва: Юрид. изд-во Мин. юст., 1948. С. 4–5; Логинов П.В. Предварительная подготовка гражданских дел к слушанию. Москва: Госюриздат, 1960. С. 13; Пучинский В.К. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству. Москва: Госюриздат, 1962. С. 4; Ковин В.Ф. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1971. С. 6.

¹¹ Бондаренко-Зелінська Н.Л. Підготовка цивільних справ до судового розгляду як стадія цивільного процесу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. С. 4.

¹² Васильев С.В. Хозяйственное судопроизводство Украины: учеб. пособ. Харьков: Эспада, 2002. С. 152.

¹³ Беков Я.Х. Подготовка дел к судебному разбирательству в гражданском судопроизводстве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. С. 6.

¹⁴ Тимченко Г.П. Принципи цивільного та адміністративного судочинства в Україні: проблеми теорії і практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2012. С. 21.

¹⁵ Джавадов Х.А. Проблеми ефективності цивільного судочинства. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. С. 211.

¹⁶ Джавадов Х.А. Проблеми ефективності цивільного судочинства. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. С. 211.

¹⁷ Закирова Д.И. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. С. 77–82; Тимченко Г.П. Принципи цивільного і адміністративного судочинства в Україні: проблеми теорії та практики: дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2012. С. 187.

Резюме

Курило М.П., Шаповал М.М. Мета підготовчого провадження в цивільному судочинстві.

Стаття присвячена аналізу мети підготовчого провадження в цивільному судочинстві. Обґрунтовується, що мета підготовчого провадження знаходиться у тісному взаємозв'язку із загальною метою цивільного судочинства.

Аналізуються основні процесуальні системи розгляду правових спорів. Для країн англо-саксонської правової системи важливим є пошук належної правової процедури – форми, що сприяє максимальній реалізації учасниками процесу своїх процесуальних прав і обов'язків. Європейські цивільні процесуальні системи орієнтовані більшою мірою на результат розгляду цивільної справи – винесення законного й справедливого судового рішення, спрямованого на захист порушеного права або інтересу. Розуміння захисту права, а нерідко і його охорона як мета цивільного судочинства властиве вітчизняній цивілістичній процесуальній науці.

Зазначається, що дії, які мають підготовчу правову природу – основа підготовчого провадження. Передусім йдеться про дії, які пов'язані з можливістю урегулювання спору, визначенням суб'єктного складу осіб і забезпеченням належної доказової бази у справі.

Ключові слова: мета цивільного судочинства, завдання та мета підготовчого провадження, судові процедури, процесуальні системи розгляду правових спорів, справедливий судовий розгляд.

Резюме

Курило Н.П., Шаповал Н.М. Цель подготовительного производства в гражданском судопроизводстве.

Статья посвящена анализу цели подготовительного производства в гражданском судопроизводстве. Обосновывается, что цели подготовительного производства находятся в тесной взаимосвязи с общими целями гражданского судопроизводства.

Анализируются основные процессуальные системы рассмотрения правовых споров. Для стран англо-саксонской правовой системы важным является поиск надлежащей правовой процедуры – формы, способствующей максимальной реализации участниками процесса своих процессуальных прав и обязанностей. Европейские гражданские процессуальные системы ориентированы в большей степени на результат рассмотрения гражданского дела – вынесение законного и справедливого судебного решения, направленного на защиту нарушенного права или интереса. Понимание защиты права, а нередко и его охраны в качестве цели гражданского судопроизводства в целом было свойственно отечественной цивилистической процессуальной науке.

Отмечается, что действия, имеющие подготовительную правовую природу – основа подготовительного производства. Прежде всего, имеются в виду действия, связанные с возможностью урегулирования спора, определения субъектного состава лиц и обеспечением надлежащей доказательственной базы по делу.

Ключевые слова: цели гражданского судопроизводства, задачи и цели подготовительного производства, судебные процедуры, процессуальные системы рассмотрения правовых споров, справедливое судебное разбирательство.

Summary

Mykola Kurylo, Mykola Shapoval. The purposes of preparatory proceedings in civil proceedings.

The article is the analysis of the purposes of preparatory proceedings in civil proceedings. It is noted that the correct definition of the purposes of preparatory proceedings contributes to the proper legislative formalization of this stage of the civil proceedings, to the clear enshrinement of rights and obligations of the court and of the participants to the proceedings, to the systematic structuring of the Civil Procedural Code of Ukraine. It is substantiated that the purposes of the preparatory proceedings are in close relationship with the general purposes of civil proceedings.

The main procedural systems for settling legal disputes are analyzed. It is proved that Anglo-Saxon and Romano-Germanic systems serve as development benchmarks for each other, embodying and borrowing the characteristics of the civil proceedings which can increase the efficiency of procedural activities and achieve fair results. The authors emphasize that there is no longer and will not be a decisive division of the civil procedural form into exclusively adversarial or investigative. Understanding the nature of judicial procedures will probably lead to the fact that the problems of searching for the identity of the civil proceedings will come to the fore.

For domestic legal doctrine and practice, the problem of the purposes of civil proceedings is also not lacking in reason and practical meaning. Understanding the protection of law as the purpose of civil proceedings has been generally peculiar to civil procedural doctrine.

It is noted that it is necessary to focus on judicial procedure and the result of the procedural activities reflected in the judgment. The way to a fair trial and accordingly, to the judgment execution is through due judicial procedure.

It is substantiated that the conciliatory function is also inherent in civil proceedings. Increasingly, the practice of lawmaking in developed countries follows the path of empowering the court or other persons to assist the parties in resolving a dispute. Therefore, the legislative provisions on the purposes of civil proceedings should be supplemented by a statement that in civil proceedings, in the settlement of a dispute, assistance shall be provided on the conditions reached by the parties.

Actions of a preparatory legal nature are the basis for preparatory proceedings. In the context of our study, first of all, they are actions related to the possibility of settling a dispute, determining the subjects and providing an appropriate body of evidence in the case. These are three main directions in which the preparation of the case for the trial should be carried out.

Key words: purposes of civil proceedings, objectives and purposes of preparatory proceedings, judicial procedures, procedural systems for settling legal disputes, fair trial.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.26

УДК 349.2

Р.Я. БУТИНСЬКА

*Роксолана Ярославівна Бутинська, кандидат юридичних наук, старший викладач Львівського державного університету внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0001-8492-2077

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

Європейський Союз (далі – ЄС) – це родина демократичних європейських країн, котрі зобов’язалися одна перед одною працювати заради миру і процвітання. ЄС – не держава, створена для того, щоб замінити собою наявні держави; так само це не якась організація міжнародного співробітництва. ЄС – справді унікальне утворення, адже його держави-члени заснували спільні інституції та делегували їм певну частку свого суверенітету, аби можна було демократично, на загальноєвропейському рівні ухвалювати рішення з конкретних питань, які становлять загальний інтерес¹. Розширення співпраці держав і посилені інтегративні процеси висувають підвищені вимоги до сумісності їхніх нормативно-правових актів. Гармонізація законодавства є одним із ключових завдань, розв’язання якого сприятиме поглибленню цих інтеграційних процесів у рамках створення ЄС.

Сьогодні питання гармонізації законодавства в умовах функціонування ЄС – це тема, яку чи не найчастіше порушує юридична спільнота країн, що входять до цього союзу. Не є винятком і питання гармонізації трудового законодавства. Потужні євроінтеграційні процеси, необхідність підвищення рівня захисту прав громадян, реалії часу та стрімкість цих перетворень у суспільному житті викликають потребу в продовженні реформування національного трудового законодавства. Розроблення дієвої правової моделі реалізації права на працю та адаптації національного трудового законодавства до законодавства Європейського Союзу потребує об’єднання зусиль насамперед фахівців у галузі трудового права і права соціального забезпечення та застосування науково виважених, аргументованих підходів у цьому напрямі.

Що стосується України, то, на переконання дослідників у сфері трудового права, реалізація права на працю в умовах євроінтеграції України має сприйматися як інструмент та процес здійснення нашою державою стратегічних цілей і завдань національного, національно-економічного, громадсько-політичного та культурного розвитку, що стало невід’ємною реалією сьогодення².

Відомо, що гармонізація, або зближення, національного права розуміється як введення загальних засад правового регулювання в конкретних галузях суспільного життя при збереженні за державами більшого або меншого простору для власного правового регулювання. Гармонізація як більш м’який метод правової інтеграції протікає на основі зближення внутрішньодержавного права з якоюсь законодавчою моделлю, що дає змогу досить гнучко враховувати національні особливості. При цьому гармонізація не має на увазі однаковості трудового законодавства країн ЄС, навпаки, вона ґрунтується на зближенні законодавства цих країн.

Важливим уроком євроінтеграції є необхідність повсякчасного узгодження інтересів держав, які беруть участь у цьому процесі. Під час подолання численних криз у діяльності Співтовариства, які супроводжувались ультимативними вимогами учасників інтеграційного процесу, вироблена культура діалогу і компромісу, яка охоплює повагу і врахування інтересів усіх без винятку країн-партнерів³.

© Р.Я. Бутинська, 2020

* *Roksolana Butynska, Senior Lecturer of Lviv State University of Internal Affairs*

Розглянемо деякі аспекти гармонізації трудового законодавства країн-членів ЄС (Німеччина, Франція, Чехія) та країн-кандидатів, зокрема України. Багато законодавчих актів перерахованих країн за характером юридичних рішень, які містяться в них, досить схожі, що пояснюється і історичними причинами, і соціальною потребою у прийнятті нормативно-правових актів. Зокрема, в актах, що входять до трудового законодавства цих країн, не важко виявити специфічні моменти, які відображають особливості соціально-економічного розвитку цих держав, що збагачують загальну правову доктрину і юридичну практику. Однак навіть при максимальній схожості положень національних законодавств країн-союзників говорити про повну (стот відсоткову) гармонізацію не доводиться, оскільки в цих актах є й відмінності, зумовлені особливостями національного розвитку, культурою, традиціями⁴.

Механізм гармонізації національних законодавчих та інших нормативних правових актів раніше вже був розроблений, і частково робота за окремими напрямками сьогодні ведеться. До них належать: введення міжнародних договорів у національні правові системи; приведення чинних національних актів у відповідність до правових актів ЄС; вилучення окремих національних актів із системи чинного національного законодавства; правова інтерпретація типових проєктів законодавчих актів і рекомендацій щодо гармонізації законодавства з актами національного законодавства; заповнення правових прогалів національного законодавства шляхом прийняття нових правових актів на виконання чинних міжнародних договорів і рішень органів ЄС⁵.

Серед найвідоміших міжнародно-правових актів виділимо такі: Загальна декларація прав людини; Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права; Європейська соціальна хартія (переглянута); Конвенції і Рекомендації Міжнародної організації праці; Хартія співтовариства про основні соціальні права працівників; Хартія основних прав Європейського Союзу та інші.

Відзначаючи актуальні питання гармонізації в галузі трудового законодавства, маємо визнати, що основним напрямом гармонізації все-таки є відповідність національного трудового законодавства Основам трудового законодавства країн ЄС⁶. Також для напрацювання Проєкту Трудового кодексу України за приклад було взято Модельний Трудовий кодекс держав-учасниць СНД⁷, зокрема щодо розподілу його основних положень на «Загальні положення», «Індивідуальні трудові відносини», «Колективні трудові відносини». Текст кодексу доповнений главами, у яких регламентовані особливості праці інвалідів та державних службовців. Докладніше розкрито розділ повноважень профспілок щодо захисту трудових прав працівників. Кодекс доповнено й новим розділом, у якому регламентовано положення щодо участі трудових колективів в управлінні підприємством, установою, організацією. Причому повноваження трудового колективу і його виборних органів регламентовані так, що в них не виникає непорозуміння з профспілками, у яких є достатній досвід щодо захисту трудових і соціальних прав працівників. Ради трудових колективів обираються і виконують свої захисні функції тільки за відсутності на підприємстві, установі, організації профспілкової організації. Отже, працівникам створено умови щодо захисту їхніх інтересів у будь-яких випадках⁸.

Конституційно закріпивши намір розвиватись як соціальна держава, Україна взяла на себе обов'язок створити єдину орієнтаційну програму розвитку для національних правових норм, традицій, звичаїв та правової культури зокрема. Сьогодні свідчить, що вектор таких змін має бути ідеологічно європейським. Соціально-європейські стандарти життя не тільки підтвердили свою високу реабілітаційну здатність серед верств населення, уражених негативними соціальними ризиками, а й стали класичним орієнтиром для побудови системи соціальних стандартів, спрямованих на гуманізацію та актуалізацію чинного нормативно-правового масиву різних країн⁹.

Тож важливою особливістю сучасного трудового законодавства України є орієнтація на міжнародні стандарти у сфері праці. Україна є членом Міжнародної організації праці з 1954 р.¹⁰, і її рекомендації мають важливе значення в гармонізаційному процесі. Їх відтворення та інтерпретація не завжди точні і вдалі (наприклад, наукова полеміка навколо «права на працю» і «права на свободу праці»), однак треба зазначити, що законодавець свідомо прагне врахувати визнані міжнародними актами права працівників і роботодавців у сфері праці, надати їм гарантії, адекватні вимогам міжнародного права.

На сьогодні надзвичайно важливим кроком у процесі реформування трудового законодавства та здійснення бездоганної реалізації права на працю в умовах євроінтеграції України є прийняття нового Трудового кодексу України, норми якого відповідатимуть ратифікованим Україною міжнародно-правовим актам. Такий кодекс повинен: 1) бути вільним від ідеологічних стереотипів та декларативних норм законодавства радянського режиму; 2) відповідати соціально-економічним та культурним процесам сучасності; 3) систематизувати в єдину цілу систему всі трудові норми і принципи, а також усі загальні та універсальні правові норми галузей України та міжнародного трудового права; 4) детально прописувати повноваження органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері регулювання трудових відносин¹¹.

Верховенство права і демократичних принципів і в передових країнах світового співтовариства, і в Україні передбачає створення сумісності законодавства з міжнародними нормами в галузі праці. Безумовно, важливим кроком у цьому напрямі є вступ України до Світової організації торгівлі (далі – СОТ) 2008 р. Загалом процес приєднання України до СОТ передбачав дві головні складові: проведення дво- і багатосторонніх переговорів та підписання угод з доступу до ринків товарів і послуг з країнами-членами Робочої групи СОТ; гармонізація законодавства України відповідно до вимог угод СОТ, що є важливим для гармонізації трудового законодавства¹².

Ще одним важливим напрямом гармонізації можна визнати те, що в рамках співпраці з країнами Європейського Союзу для країн Євразійського економічного союзу актуальною є гармонізація положень трудово-

го законодавства з правовими досягненнями Євросоюзу. Тож надалі вітчизняні вчені дедалі частіше стали звертати увагу на дослідження Директив Євросоюзу в галузі застосування праці та проведення порівняльного аналізу для подальшого застосування актів ЄС у сфері гармонізаційних процесів. Так, директиви Євросоюзу про забезпечення рівноправності у сфері зайнятості та праці, про права працівників у разі зміни власника майнового комплексу, про порядок скорочення штатів, про створення умов з безпеки та охорони праці, про розгляд трудових спорів тощо можуть служити базовими орієнтирами в галузі регулювання трудових відносин.

Трудові стандарти країн Євросоюзу, що відповідають інтересам країн-учасниць цього інтеграційного співтовариства, могли б становити інтерес і для країн-кандидатів, оскільки директиви Євросоюзу в галузі застосування праці дають змогу використовувати вже готові й апробовані механізми правового регулювання трудових відносин.

Основні засади реалізації права на працю в умовах євроінтеграції України повинні виходити з: необхідності запобігання порушенням трудових прав працівників; забезпечення адекватності законодавчо визначених трудових прав та гарантій і можливостей їх реалізації. І серед таких базових засад може бути, по-перше, оптимальне збалансування захисної та виробничої функцій трудового права, за допомогою яких має бути забезпечена рівновага інтересів найманих працівників і роботодавців. Обидві функції в сучасних умовах спрямовані на забезпечення охорони прав та інтересів обох сторін трудового договору. Якщо захисна функція стосується охорони інтересів працівників, то виробнича – охорони інтересів роботодавців. Перша впливає безпосередньо із соціальної природи трудового законодавства. Трудове право, як відомо, з'явилося в системі права всіх країн світу з появою капіталістичного ринкового виробництва і наймані робочої сили саме для забезпечення захисту трудових прав та законних інтересів найманих працівників. По-друге, засадою реформування законодавства в Україні має бути дотримання вже встановлених соціальних стандартів у сфері праці. При цьому слід забезпечити виконання вимог Конституції, яка встановлює, що при прийнятті нових законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. По-третє, засадою реформування законодавства в Україні є еволюційний характер здійснення таких реформ. При цьому кардинальних змін мають зазнати лише ті положення чинного законодавства, які не відповідають вимогам ринкової економіки. По-четверте, у процесі підготовки нового Трудового кодексу має використовуватись досвід Міжнародної організації праці та положення законодавства Європейського Союзу і країн з перехідною економікою, аби забезпечити належну гармонізацію законодавства України про працю з міжнародними правовими нормами у цій сфері. По-п'яте, до засад реформування законодавства в Україні належить і зміщення центру ваги правового забезпечення трудових відносин із законодавчого рівня на рівень договірної регуляції, передусім колективно-договірної, з максимальним використанням механізмів соціального партнерства із залученням роботодавців та профспілок. По-шосте, основою реформування законодавства є усунення всіх проявів дискримінації працівників за ознаками статі, раси, політичних переконань та інших обставин, визначених у статтях Конституції України, зі збереженням підвищених умов захисту праці жінок і молоді та реальною заборонаю дитячої та примусової (обов'язкової) праці¹³.

Стаття 153 Договору функціонування Європейського Союзу свідчить про те, що широке коло питань соціального забезпечення країн-учасниць частково або повністю імплементоване правниками у правовий простір Європейського Союзу, але багато питань потребують подальшої гармонізації¹⁴. Загалом Договір поширюється на такі сфери: поліпшення безпеки виробничого середовища, стану охорони праці; поліпшення умов праці; інформування, консультування, навчання працівників; консолідації осіб, вилучених з ринку праці; рівність між чоловіками та жінками. Питання, які можуть бути вирішені лише одноставним рішенням Ради Європи, а не законодавчими нормами Європейського парламенту, стосуються соціального захисту працівників, припинення трудових відносин, представництва роботодавців та працівників, а також промислової демократії і зайнятості громадян третіх країн¹⁵.

Зближення норм трудового законодавства країн ЄС та країн-кандидатів тісно взаємопов'язане з гармонізацією положень інших галузей, підгалузей національних систем законодавства. Зокрема, у зв'язку з гармонізацією трудового законодавства неможливо обійти питання зближення норм цивільного законодавства, особливо в частині правового становища юридичних осіб, чия підприємницька діяльність не обходиться без застосування наймані праці.

Своєю чергою правові аспекти діяльності юридичних осіб безпосередньо пов'язані з дозвільною системою, оподаткуванням, встановленням виробничих норм і стандартів та іншими питаннями, що передбачає розширення кола гармонізаційної діяльності й проведення комплексної роботи в рамках зближення законодавств країн ЄС.

Аналіз трудових актів країн-учасниць ЄС показав, що всі акти містять ключові положення, властиві для цивілізованого права, зокрема це: заборона дискримінації; порядок укладення трудового договору при наймі на роботу; порядок зміни трудових відносин при зміні власника майна організації; порядок надання гарантій і компенсацій, пов'язаних з розірванням трудового договору; положення щодо робочого часу і часу відпочинку; положення про безпеку та охорону праці; норми щодо участі працівників в управлінні виробництвом, положення про правила розгляду трудових спорів тощо. Перераховане свідчить про те, що процес гармонізації трудового законодавства країн-учасниць ЄС не становить значної складності.

Потрібно визнати, що схожість правового регулювання праці в країнах, які об'єдналися в Європейський Союз, зумовлена тим, що їхні правові акти багато в чому сприймають міжнародні стандарти праці, що роз-

робляються Міжнародною організацією праці на універсальному рівні. Водночас ніщо не заважає ще більшому зближенню цих правопорядків у сфері регулювання праці, що багато в чому зробить цей процес ще більш ефективним і корисним, передусім для населення цих країн та населення країн-кандидатів на вступ до ЄС.

Зазначимо, що повноцінний процес гармонізації, зокрема й у сфері трудового права, має на увазі наявність спеціальної програми такої гармонізації, проведення відповідних досліджень у цій сфері. Ефективна гармонізація трудового права може сприяти формуванню спільного соціального простору між країнами європейської інтеграції, що об'єктивно передбачає і зближення соціально-забезпечувального права.

Аналіз інститутів трудового права дає змогу зазначити, що деякі інститути найбільш перспективні в плані гармонізації, зокрема положення інституту безпеки та охорони праці. Науково-технічний прогрес, що охоплює більшість країн світової спільноти, передбачає інтенсивний обмін передовими технологіями виробництва товарів, обладнанням, інформацією. Сучасне високотехнологічне суспільство, активна інвестиційна політика, новітні комп'ютерні технології приводять до того, що межі відмінностей між технологіями організації праці в багатьох країнах поступово стираються. Це стосується й України.

Гармонізація законодавства чи не найбільше впливає на повсякденне життя громадян. Сьогодні ще актуальнішими стають питання проведення спільних для країн Євразійського союзу юридичних форумів для обговорення взаємних проблем, а також у сфері трудового права і законодавства, у налагодженні взаємної інформованості країн у цій сфері. Причин для цього достатньо – це і трудові правові, і соціальні інтереси, які перетинатимуться в рамках економічної інтеграції. Організація творчого спілкування юристів-трудоваків та обговорення ними проблем трудового права і законодавства як на експертному, так і на посадовому рівні повинні сприяти виробленню загальних принципів подальшого вдосконалення й гармонізації актів про працю, що є важливим з погляду модернізації трудового законодавства в умовах глобалізації та дасть змогу вченим-юристам обговорити актуальні питання подальшого вдосконалення трудового права.

Отже, формування європейського простору в економічній сфері неможливе без становлення єдиного правового простору й у сфері праці. Гармонізація трудового законодавства країн ЄС та країн-кандидатів здатна створити міцну юридичну основу для поглиблення партнерства і переростання його в стабільне й ефективне співробітництво, що спирається на спільний ринок праці між учасниками цього союзу.

¹ Європейський щоденник. Київ: ТОВ «FGL Energy», 2009. С. 18.

² Серeda O.Г. Реалізація права на працю в умовах євроінтеграції України. *Право та інновації*. 2016. № 1 (13). С. 73.

³ Артьомов І.В. Український вимір європейської та євроатлантичної інтеграції: навч. посіб.: у 2 кн. Ужгород: Ліра, 2008. Кн. 1. С. 42.

⁴ Козловець М.А. Європейська інтеграція і національна ідентичність: український контекст. *Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії*. 2008. Вип. 35. С. 148–160.

⁵ Копійка В.В., Шинкаренко Т.І. Європейський Союз: заснування і етапи становлення: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Київ: Вид. дім «Ін Юре», 2001. С. 214.

⁶ Пояснювальна записка до Проекту Трудового кодексу України від 8.11.2019 р. *Офіц. вебпортал Верховної Ради України*. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331

⁷ Концепція модельного трудового кодексу. Модель: прийнята на Міжпарламентській Ассамблеї держав-учасників СНГ 9.12.2000 г. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901905015>

⁸ Проект Трудового кодексу України № 2410 від 8.11.2019 р. *Офіц. вебпортал Верховної Ради України*. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331

⁹ Кузьменко Г.В. Європейське соціальне право в контексті українського реформування. *Проблеми кодифікації трудового законодавства України: тези доп. учасн. Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Київ, 26 квіт. 2017 р.)* / за ред. проф. М.І. Іншина, відпов. ред. к.ю.н. І.С. Сахарук. Київ: Принт-Сервіс, 2017. С. 244.

¹⁰ Міжнародна організація праці. *Офіц. сайт Міністерства закордонних справ України*. 2012. 16 жовт. URL: <https://geneva.mfa.gov.ua/posolstvo/2609-labour>

¹¹ Мельник К.В. До питання адаптації трудового законодавства до міжнародних норм. *Форум права*. 2011. № 1. С. 645–651.

¹² Світова організація торгівлі. *Вільна енциклопедія «Вікіпедія»*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki>

¹³ Гуцу С.Ф. Актуальні питання реформування трудового законодавства України. *Гуманітарний часопис*. 2013. № 3. С. 108–112.

¹⁴ Consolidated version of the treaty on the functioning of the European union. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>

¹⁵ Christina Hiebl. Basics on European Social Law. URL: http://www.beckshop.de/fachbuch/leseprobe/9783707320749_Excerpt_004.pdf

Резюме

Бутинська Р.Я. Актуальні питання гармонізації трудового законодавства в умовах євроінтеграції.

У статті досліджено актуальні питання гармонізації трудового законодавства в умовах євроінтеграції. Зазначено, що євроінтеграційні процеси, необхідність підвищення рівня захисту прав громадян, реалії часу та стрімкість цих перетворень у суспільному житті викликають потребу в продовженні реформування національного трудового законодавства.

Наголошено, що гармонізація, або зближення, національного права розуміється як введення загальних засад правового регулювання в конкретних галузях суспільного життя при збереженні за державами більшого або меншого простору для власного правового регулювання. Зроблено висновок, що формування європейського простору в економічній сфері неможливе без становлення єдиного правового простору й у сфері праці. Гармонізація трудового законодавства країн ЄС та країн-кандидатів

здатна створити міцну юридичну основу для поглиблення партнерства і переростання його в стабільне й ефективне співробітництво, що спирається на спільний ринок праці між учасниками цього союзу.

Ключові слова: трудове право, трудове законодавство, право на працю, Європейський Союз, гармонізація, євроінтеграція, міжнародне співробітництво.

Резюме

Бутинская Р.Я. Актуальные вопросы гармонизации трудового законодательства в условиях евроинтеграции.

В статье исследованы актуальные вопросы гармонизации трудового законодательства в условиях евроинтеграции. Указано, что евроинтеграционные процессы, необходимость повышения уровня защиты прав граждан, реалии времени и стремительность этих преобразований в общественной жизни вызывают потребность в продолжении реформирования национально-трудового законодательства.

Подчеркивается, что гармонизация, или сближение, национального права понимается как введение общих основ правового регулирования в конкретных областях общественной жизни при сохранении за государствами большего или меньшего пространства для собственного правового регулирования. Сделан вывод, что формирование европейского пространства в экономической сфере невозможно без становления единого правового пространства и в сфере труда. Гармонизация трудового законодательства стран ЕС и стран-кандидатов способна создать крепкую юридическую основу для углубления партнерства и перерастания его в стабильное и эффективное сотрудничество, которое опирается на общий рынок работы между участниками этого союза.

Ключевые слова: трудовое право, трудовое законодательство, право на работу, Европейский Союз, гармонизация, евроинтеграция, международное сотрудничество.

Summary

Roksolana Butynska. The current issues of harmonization of labor legislation in the context of eurointegration.

The article examines the current issues of harmonization of labor legislation in the context of eurointegration. It is noted that the eurointegration processes, the need to increase the protection of rights, the present challenges and the rapidity of changes in public life call for further reforming national labor legislation. The development of an effective legal model for the realization of the right to work and the adaptation of national labor legislation to the legislation of the European Union requires the joint efforts of, first of all, experts in labor law and social security law and the application of theoretically substantiated, reasoned approaches towards it. As for Ukraine, the realization of the right to work in the context of Ukraine's eurointegration should be perceived as an instrument for and the process of fulfilling our state's strategic goals and objectives of national, national economical, socio-political and cultural development, which has become indispensable today.

It is emphasized that harmonization, or convergence is understood as introducing general principles of legal regulation in particular areas of public life while preserving the states more or less space for their own legal regulation. Harmonization as a more flexible method of legal integration is based on the convergence of domestic law with a legislative model, which allows for taking national characteristics into account. At the same time, harmonization does not intend to uniform labor legislation of the EU countries, on the contrary, it is based on the convergence of the legislation of these countries. It is concluded that the formation of the European area in the economic sphere is impossible without the formation of a single legal area in the field of labor. Harmonization of labor legislation of the EU and candidate countries can create a solid legal basis for deepening the partnership and turning it into a stable and effective cooperation based on a common labor market between the members of this union.

Key words: labor law, labor legislation, right to work, European Union, harmonization, eurointegration, international cooperation.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.27

УДК 347.9

А.Г. ГУЛИК

*Андрій Григорович Гулик, суддя Львівського окружного адміністративного суду**

ORCID: 0000-0001-5390-1812

КАСАЦІЯ В СИСТЕМІ ОПТИМАЛЬНОГО ІНСТАНЦІЙНОГО ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Постановка проблеми. Вивчення проблеми оптимізації цивільного судочинства зумовлює значний дослідницький і практичний інтерес до судових реформ, які проводяться. У цьому сенсі ми можемо спостерігати знаковий період розвитку касаційної інстанції та касаційного провадження, що уособлює не тільки підвищену увагу та нові підходи законодавця і юридичної громадськості до формування вищих судових інституцій, а й започаткування кардинальних змін у здійсненні процесуальної діяльності.

Будь-які зміни та реформи, а тим більше такі, що охоплюють широку сферу застосування, мають розпочинатися з визначення мети, яку вони ставлять. Можна припустити, враховуючи прецедентну практику

© А.Г. Гулик, 2020

* *Andriy Gulyk, Ph.D. in Law, judge of Lviv District Administrative Court*

ЄСПЛ і законодавство демократичних європейських держав, що такою метою є створення екстраординарного суду, діяльність якого обмежена тільки питаннями права, тобто перевіркою правильності застосування норм матеріального та процесуального права, і отже, пов'язана з формуванням єдності та сталості судової практики. Інша мета входила б у суперечність зі сформованими уявленнями щодо стадійності цивільного процесу. Водночас мета, що аналізується, зумовлює належне використання законодавцем відповідних методів, способів і засобів її досягнення.

В основу реформування судової влади мають бути покладені тільки правові мотиви. Один із таких мотивів, безперечно, – це формування адекватної та єдиної судової практики. Можемо припустити, враховуючи власний досвід здійснення правосуддя, що наразі проблема єдності судової практики вирішена не буде. На нашу думку, вирішення проблем судового правозастосування та правотлумачення, а у підсумку єдності судової практики можливе лише в контексті теоретичного осмислення та нормативного забезпечення єдності цивілістичного процесу. Майбутнє судової юрисдикції – в єдності процесу, який відкриває нові перспективи правозастосування та ефективної реалізації конституційного права на судовий захист.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У традиціях вітчизняної цивілістичної процесуальної науки звернення до складних питань інстанційного перегляду судових рішень. До проблеми касаційного перегляду судових рішень у цивільному судочинстві зверталися Ю.В. Білоусов, С.С. Бичкова, С.В. Васильєв, 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.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає в аналізі сутності касації в системі оптимального інстанційного перегляду судових рішень у цивільному судочинстві

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 389 ЦПК України учасники справи, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, мають право оскаржити у касаційному порядку: 1) рішення суду першої інстанції після апеляційного перегляду справи та постанову суду апеляційної інстанції, крім судових рішень, визначених у частині третій цієї статті; 2) ухвали суду першої інстанції, зазначені у п. п. 3, 6, 7, 15, 16, 22, 23, 27, 28, 30, 32 частини першої ст. 353 цього Кодексу, після їхнього перегляду в апеляційному порядку; 3) ухвали суду апеляційної інстанції про відмову у відкритті або закритті апеляційного провадження, про повернення апеляційної скарги, про зупинення провадження щодо забезпечення позову, заміни заходу забезпечення позову, щодо зустрічного забезпечення, про відмову ухвалити додаткове рішення, про роз'яснення рішення чи відмову у роз'ясненні рішення, про внесення або відмову у внесенні виправлень у рішення, про повернення заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, про відмову у відкритті провадження за нововиявленими або виключними обставинами, про відмову в задоволенні заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, про заміну сторони у справі, про накладення штрафу в порядку процесуального примусу, окремі ухвали.

Не підлягають касаційному оскарженню: 1) рішення, ухвали суду першої інстанції та постанови, ухвали суду апеляційної інстанції у справах, рішення у яких підлягають перегляду в апеляційному порядку Верховним Судом; 2) судові рішення у малозначних справах та у справах з ціною позову, що не перевищує двохсот п'ятдесяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім випадків, якщо: а) касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики; б) особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до цього Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, визначені оскарженим судовим рішенням, при розгляді іншої справи; в) справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу; г) суд першої інстанції зачислив справу до категорії малозначних помилково.

Ми не випадково так детально розглядаємо новітнє цивільне процесуальне законодавство. З одного боку, воно дає наочні приклади еволюції уявлень вітчизняного законодавця про сутність касації, з іншого – можливість простежити за тенденцією обмеження підстав касації і спроб створення екстраординарного суду права з відповідною практикою правозастосування та тлумачення. Як зазначив Д.Д. Луспенник, оскільки перевірка судових актів, які набрали законної сили, означає, по суті, можливість подолання кінцевості цих судових актів, законодавець має визначити такі інституціональні та процедурні умови їхнього перегляду в касаційному порядку, які б відповідали вимогам процесуальної ефективності, економії у використанні засобів судового захисту, відкритості здійснення правосуддя, виключали б можливість затягування чи необгрунтованого судового розгляду й тим самим забезпечили справедливість судового рішення і, разом з тим, правову визначеність, враховуючи визнання законної сили судового рішення, його неспростовність (*res judicata*), без чого неможливо досягти справедливого балансу публічно-правових і приватноправових інтересів¹.

Чи вдалося передбачити саме такі умови перегляду судових актів у касаційному порядку? Наскільки це відповідає очікуванням і потребам учасників судового процесу? Чи готове суспільство сприйняти модель обмеженої касації? Відповідей, у тому числі й на ці питання, залежить оцінка ефективності діяльності сучасної касаційної інстанції. Спробуємо розгорнути авторські роздуми щодо проблеми оптимальної касації та її нормативного змісту.

Як базисну висловимо тезу про те, що фундаментальною гарантією правосуддя є забезпечення права на оскарження судових рішень. Ця процесуальна гарантія не тільки впливає з обов'язку держави забезпечити належну систему судової юрисдикції та реалізацію конституційного права на судовий захист. Стандарти

судового захисту неодмінно пов'язуються з правом на справедливий судовий розгляд, що знайшло своє широке застосування і тлумачення в прецедентній практиці ЄСПЛ.

У цьому сенсі правосуддя навряд чи може бути справедливим без передбаченої можливості усунення допущених судових помилок. Від їхньої появи ніхто не може бути застрахований. Судові помилки були і будуть. Важливо передбачити наявність процесуальних засобів і механізмів їх усунення. Сучасні дослідники в цьому контексті правомірно порушують проблему мінімальних стандартів доступності правосуддя, обґрунтовано зачислюючи до них інстанційний перегляд судових рішень². Іншими словами, право на оскарження треба розглядати як невід'ємний стандарт справедливої судової процедури, який визначає, зокрема, і характерні риси інстанційної побудови судової системи та особливості реалізації вимог правової визначеності.

У доктринальній юридичній літературі принцип двох інстанцій вже отримав належне теоретичне обґрунтування. Є.В. Васьковський понад сто років тому зазначав, що принцип двох інстанцій полягає в тому, що справи можуть бути розглянуті по суті двічі: нижчими судами (перша інстанція), а потім, якщо зажадає одна зі сторін, вищими судами (друга інстанція). Необхідність допустити дворовий розгляд справи зумовлюється тим, що судді можуть під час вирішення справи робити вільні або мимовільні прорахунки, які потребують виправлення. Вчений, оцінюючи корисність цього принципу, цитує слова К.І. Малишева: думка, що рішення місцевого суду не остаточне, що в державі є вищі суди, які стоять на сторожі правосуддя, що право, не визнане судом першої інстанції, може бути досліджено знову і захищене вищим судом, більш віддаленим від місцевих інтересів, що зосереджує в своєму складі більше сил, відомостей, досвідченості, – така думка діє заспокійливо не тільки на сторони, а й на ціле суспільство³.

Концепти двох інстанцій загалом були сприйняті сучасною національною практикою законотворення. Законодавець, визначаючи межі судової влади, водночас наділяє суди першої інстанції та учасників судового процесу широкими правами й обов'язками, які визначаються цілями і завданнями процесуальної діяльності на цьому етапі. Виправлення судових помилок – одна з головних цілей формування судів апеляційної інстанції. У цьому випадку порядок розгляду справ судом апеляційної інстанції зумовлений її функціями та завданнями. У разі ж створення суду касаційної інстанції йдеться про особливий характер його діяльності, що відображає насамперед публічно-правові засади правосуддя у цивільних справах. Це дає нам підстави підтримати позиції тих дослідників, які в касаційному перегляді бачать додатковий спосіб забезпечення правосудності судових рішень, що характеризується специфікою повноважень суду касаційної інстанції і більшим ступенем формальності судових процедур⁴.

Сучасні реформи цивільного судочинства, які зачепили також порядок касаційного оскарження судових рішень, свідчать про триваючий пошук оптимальної моделі касації. Одна з можливих моделей – правова конструкція обмеженої касації. Саме цей напрям розвитку такого правового інституту сьогодні розглядає вітчизняний законодавець як першорядний.

Як аргументи на користь такого вибору зазвичай називають практику ЄСПЛ, яка, як відомо, не надає праву на касаційне оскарження характер абсолютного, вважаючи, що відповідає природі такого суду можливі обмеження ініціації його діяльності (наприклад, ціна позову тощо).

Судова практика, що формується, актуалізує теоретичне осмислення питань доступності касації в контексті впроваджуваних процесуальних фільтрів, їхнього оптимального нормативного закріплення та ефективності в цій частині цивільного процесуального законодавства. Враховуючи зміст цивільного процесуального закону, неправильне застосування судами норм матеріального права чи порушення норм процесуального права може бути підставою для касаційного оскарження судових рішень тільки у випадках:

- 1) якщо суд апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду, крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку;
- 2) якщо скаргник вмотивовано обґрунтував необхідність відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду та застосованого судом апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні;
- 3) якщо немає висновку Верховного Суду щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах.

Так чи інакше, всі підстави для касаційного оскарження судових рішень зумовлені необхідністю аналізу подібності правовідносин. Звичайно, не так просто описати цю правову категорію, враховуючи можливу сукупність юридичних фактів. З огляду на ці причини цивільне процесуальне законодавство передбачає оціночні поняття та категорії. Очевидно, що простої тотожності предмета та підстави позову недостатньо для визначення подібності правовідносин. Для правильного висновку потрібно ґрунтовно вивчити обставини цивільних справ.

Чомусь закон говорить в п. 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК України тільки про суди апеляційної інстанції, забуваючи згадати на суди першої інстанції, які також можуть застосувати норму права без врахування висновків про застосування норми права в подібних правовідносинах, що містяться в постановках Верховного Суду. Крім того, законодавець спеціально обумовлює, що в цьому випадку йдеться вже про висновки, викладені в постановках нового Верховного Суду. У цьому випадку законодавець акцентує також увагу на презумпції знання учасниками судового процесу правових висновків Верховного Суду. І це в умовах відсутності офіційної систематизації таких висновків. Складно охопити всю новітню практику касаційного цивільного суду або Великої палати Верховного суду. Ще одна складність полягає у використанні поняття, визначення якого не міс-

тить цивільне процесуальне законодавство. Цивільний процесуальний закон передбачає можливість саме мотивованого обґрунтування необхідності відступу від висновків Верховного Суду про застосування норми права в подібних правовідносинах.

Сподіваємося, що на підставі судового правозастосування та тлумачення сформується адекватна природі процесуальних фільтрів практика їхнього використання. Це особливо важливо з огляду на те, на якому етапі цивільної процесуальної діяльності вони застосовуються і важливість формування практики касаційного цивільного суду за прикладом екстраординарних судів.

Розглянемо такі положення цивільного процесуального законодавства, що відображають особливості сутності нормативної моделі касаційного оскарження судових рішень. Передусім строки касаційного оскарження.

Стаття 390 ЦПК України передбачає, що касаційна скарга на судові рішення подається протягом 30 днів з дня його проголошення. Якщо в судовому засіданні було оголошено лише вступну та резолютивну частини судового рішення, або у разі розгляду справи (вирішення питання) без повідомлення (виклику) учасників справи, то зазначений строк обчислюють з дня складення повного судового рішення.

Законодавча регламентація строків на касаційне оскарження судових рішень неодноразово зазнавала значних змін. Достатньо згадати початкову та наступні редакції ЦПК України 2004 р. Сьогодні законодавець визначив 30-денний строк на касаційне оскарження. Чи достатній він для підготовки, обґрунтованої і належно оформленої касаційної скарги з огляду на ті високі вимоги, які пред'являє до них цивільний процесуальний закон? Раніше в одній з редакцій ЦПК України передбачав двомісячний строк для касаційного оскарження. Помилки під час підготовки касаційної скарги мають негативні наслідки для самого учасника судового процесу (відмову у відкритті касаційного провадження) та для касаційного суду, вимушеного витратити час на вивчення такої касаційної скарги. Здається, що проблема строків на касаційне оскарження ще остаточно не вирішена й отримає продовження.

Законодавець правильно враховує таку тезу, що касаційна скарга має подаватися безпосередньо до суду касаційної інстанції (ст. 391 ЦПК України). Касаційна скарга реєструється у день її надходження до суду касаційної інстанції та не пізніше наступного дня передається судді-доповідачу, визначеному в порядку, встановленому ст. 33 цього Кодексу.

Одержавши касаційну скаргу, оформлену відповідно до вимог ст. 392 цього Кодексу, колегія суддів у складі трьох суддів вирішує питання про відкриття касаційного провадження (про відмову у відкритті касаційного провадження).

Суд відмовляє у відкритті касаційного провадження у справі, якщо: 1) касаційну скаргу подано на судові рішення, що не підлягає касаційному оскарженню; 2) є ухвала про закриття касаційного провадження у зв'язку з відмовою цієї особи від поданої раніше касаційної скарги на це саме судові рішення; 3) є постанова про залишення касаційної скарги цієї особи без задоволення або ухвала про відмову у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою цієї особи на це саме судові рішення; 4) скажник в строк, визначений судом, не подав заяву про поновлення строку на касаційне оскарження або наведені підстави для поновлення строку на касаційне оскарження, визнані судом неповажними; 5) у разі подання касаційної скарги на підставі п. 1 частини другої ст. 389 цього Кодексу суд може визнати таку касаційну скаргу необґрунтованою та відмовити у відкритті касаційного провадження, якщо Верховний Суд уже викладав у своїй постанові висновок щодо питання застосування норми права в подібних правовідносинах, порушеного в касаційній скарзі, і суд апеляційної інстанції переглянув судові рішення відповідно до такого висновку (крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку або коли Верховний Суд вважатиме за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах).

Як бачимо, законодавець в останній редакції ЦПК України виконав певну роботу, щоб виправити недоліки процедури відкриття касаційного провадження. Уже не суддя-доповідач, а лише колегія суддів у складі трьох суддів вирішує питання про відкриття касаційного провадження або про відмову в такому відкритті. Також виключено спірне положення про необґрунтованість касаційної скарги і доводах, викладених в них як однієї з підстав для відмови у відкритті касаційного провадження. Треба позитивно оцінити положення ЦПК України в цій частині.

Після отримання справи суддя-доповідач протягом десяти днів готує доповідь, у якій викладає обставини, необхідні для ухвалення рішення суду касаційної інстанції (ст. 399 ГПК України). По суті, підготовка доповіді є головною метою підготовчих дій. Відповідно до ст. 401 ЦПК України попередній розгляд справи має бути проведений протягом п'яти днів після складення доповіді суддею-доповідачем колегією у складі трьох суддів у порядку письмового провадження без повідомлення учасників справи. У попередньому судовому засіданні суддя-доповідач доповідає колегії суддів про проведення підготовчої дії та обставини, необхідні для ухвалення судового рішення судом касаційної інстанції.

Вважаємо, що законодавець не оптимально підійшов до процедур попереднього розгляду справи. Головна мета такої процедури полягає в ознайомленні суддів з обставинами цивільної справи. Ніяких інших підготовчих дій, крім підготовки самої доповіді, закон не передбачає. Дискусійним, з нашого погляду, є постановка питання про право суду касаційної інстанції на етапі попереднього розгляду справи скасовувати судові рішення або залишати касаційну скаргу без задоволення.

Розглянемо тепер межі касаційного розгляду. На підставі ст. 400 ЦПК України, переглядаючи у касаційному порядку судові рішення, суд касаційної інстанції в межах доводів і вимог касаційної скарги, які стали

підставою для відкриття касаційного провадження, перевіряє правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права. Суд касаційної інстанції перевіряє законність судових рішень лише в межах позовних вимог, заявлених у суді першої інстанції.

Законодавець правильно називає таку статтю – межі розгляду справи судом касаційної інстанції. Ці межі утворюють лише питання права, що відображає природу касації як правового явища. Суд касаційної інстанції провадить свою діяльність тільки в межах доводів і вимог касаційної скарги, не допускає подання нових вимог або доказів. Законодавець прямо говорить про те, що суд не може визначати або (та) вважати доведеними обставини, що не були визначені в рішенні чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими.

У суді касаційної інстанції скаргу розглядають за правилами розгляду справи судом першої інстанції в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення учасників справи з урахуванням статті 400 цього Кодексу.

Законодавець прийняв загалом оптимальне рішення – розгляд касаційної скарги відбувається без повідомлення учасників справи. У виняткових випадках їх можуть викликати для дачі пояснень (ст. 402 ЦПК України).

Привертає увагу повноваження суду касаційної інстанції. У доктринальній юридичній літературі вже зазначалось про дискусійність наділення суду касаційної інстанції таким повноваженням, як ухвалення нового рішення. Г.П. Тимченко, виділяючи необхідність досягнення єдності правозастосування, вельми критично оцінює доцільність існування в рамках законодавчої моделі перегляду права суду на прийняття нового рішення⁵.

О.М. Губін ще категоричніший у своїх судженнях, заявляючи, що наявність у касаційного суду такого повноваження ставить під сумнів цільове призначення касаційної інстанції, веде до розмивання касаційних засад у діяльності цього суду⁶.

Ми враховуємо те, що касаційна інстанція специфічно реалізує свою мету. Отож, має формуватися єдина та стала судова практика. Право на ухвалення нового судового рішення має стати скоріше винятком із загального правила про направлення справи на новий судовий розгляд. У будь-якому випадку, варто уникати широкого суддівського розсуду. Це важливо, враховуючи алгоритм виконання касаційного перегляду судових рішень.

Такі основні особливості вітчизняної моделі касаційного перегляду судових рішень. Вважаємо, що потреба в продовженні досліджень вітчизняної касації буде тільки збільшуватися, враховуючи суперечливу практику касаційного цивільного суду та цілі законодавчих перетворень – оптимізацію цивільного судочинства.

Висновки. Проведене дослідження дає підстави для висновку, що судова практика, що формується, актуалізує теоретичне осмислення питань доступності касації в контексті впроваджуваних процесуальних фільтрів, їхнього оптимального нормативного закріплення та ефективності в цій частині цивільного процесуального законодавства. Вирішення проблем судового правозастосування та правотлумачення, а у підсумку єдності судової практики можливе лише в контексті нормативного забезпечення єдності цивілістичного процесу.

Касаційна інстанція специфічно реалізує свою мету – вказуючи судам першої та апеляційної інстанції на допущені помилки правозастосування та правотлумачення. Право на ухвалення нового судового рішення має стати скоріше винятком із загального правила про направлення справи на новий судовий розгляд. Це важливо, враховуючи алгоритм виконання касаційного перегляду судових рішень: аналіз цивільної справи щодо правильності застосування норм матеріального права, тобто визначення точного змісту і сенсу законів, які мають бути застосовані до фактичних обставин справи.

¹ Луспенік Д.Д. Касаційні фільтри у цивільних справах: проблемні питання судового правотлумачення та правозастосування. *Судебно-юридическая газета*. 2020. 15 июня.

² Курило М.П. Єдність цивілістичного процесу: проблеми теорії та практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2014. С. 10.

³ Васильовский Е.В. Курс гражданского процесса. Москва: Издание Бр. Башмаковых, 1913. Т. 1. С. 181–182.

⁴ Луспенік Д.Д. Касаційні фільтри у цивільних справах: проблемні питання судового правотлумачення та правозастосування. *Судебно-юридическая газета*. 2020. 15 июня.

⁵ Тимченко Г. Принципи цивільного та адміністративного судочинства в Україні: проблеми теорії і практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2012. С. 30.

⁶ Губін А.М. Кассация в судебно-арбитражном процессе: основные направления реформирования. Москва : ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. С. 95.

Резюме

Гулик А.Г. Касація в системі оптимального інстанційного перегляду судових рішень у цивільному судочинстві.

Стаття присвячена дослідженню касації в системі інстанційного перегляду судових рішень у цивільному судочинстві. Обґрунтовується, що всі підстави касаційного оскарження судових рішень зумовлені необхідністю аналізу подібності правовідносин. Доводиться, що вирішення проблем судового правозастосування та правотлумачення, а у підсумку єдності судової практики можливе лише в контексті нормативного забезпечення єдності цивілістичного процесу.

Зазначається, що касаційна інстанція специфічно реалізує свою мету – вказуючи судам першої та апеляційної інстанції на допущені помилки правозастосування та правотлумачення. Право на ухвалення нового судового рішення має стати скоріше винятком із загального правила про направлення справи на новий судовий розгляд. Варто уникати широкого суддівського розсуду. Це важливо, враховуючи алгоритм виконання касаційного перегляду судових рішень: аналіз цивільної справи щодо правильності застосування норм матеріального права, тобто визначення точного змісту і сенсу законів, які мають бути застосовані до фактичних обставин справи.

Ключові слова: касація, перегляд судових рішень, єдність судової практики, подібність правовідносин, оптимізація цивільного судочинства.

Резюме

Гулик А.Г. Кассация в системе оптимального инстанционного пересмотра судебных решений в гражданском судопроизводстве.

Статья посвящена исследованию кассации в системе инстанционного пересмотра судебных решений в гражданском судопроизводстве. Обосновывается, что все основания кассационного обжалования судебных решений обусловлены необходимостью анализа сходства правоотношений. Доказывается, что решение проблем судебного правоприменения и правотолкования, а в конечном итоге, единства судебной практики возможно лишь в контексте нормативного обеспечения единства цивилистического процесса.

Отмечается, что кассационная инстанция специфическим способом реализует свою цель – указывая судам первой и апелляционной инстанции на допущенные ошибки правоприменения. Право на принятие нового судебного решения должно стать исключением из общего правила о направлении дела на новое судебное рассмотрение. Следует избегать широкого судебного усмотрения. Это важно, учитывая алгоритм осуществления кассационного пересмотра судебных решений: анализ гражданского дела относительно правильности применения норм материального права, то есть определение точного содержания и смысла законов, которые должны быть применены к фактическим обстоятельствам дела.

Ключевые слова: кассация, пересмотр судебных решений, единство судебной практики, сходство правоотношений, оптимизация гражданского судопроизводства.

Summary

Andriy Gulyk. Cassation in the system of optimal instance review of judicial decisions in civil proceedings.

The article covers the study of cassation in the system of instance review of judicial decisions in civil proceedings. As the basic thesis, the author formulates that the solution of the problems of judicial enforcement and interpretation of law and, as a consequence, the unity of judicial practice is possible only in the context of the normative support of the unity of civil proceedings. The future of court jurisdiction lies in the unity of proceedings, opening up new prospects for law enforcement and effective implementation of the constitutional right to judicial protection.

It is substantiated that the fundamental guarantee of justice is ensuring the right to appeal against judicial decisions. This guarantee stems not only from the state's obligation to ensure a proper system of court jurisdiction and the implementation of the constitutional right to judicial protection. The right to appeal must be regarded as an integral standard of a fair trial, which determines, *inter alia*, the features of the instance structure of the judicial system and the peculiarities of the implementation of the requirements of legal certainty.

It is noted that the concepts of two instances are borrowed by the modern national legislation practice. The legislator, defining the limits of the judicial power, at the same time endows the courts of first instance and participants of judicial proceedings with broad rights and obligations, determined by the aims and goals of the procedural activities at the stage in question. Correcting judicial errors is one of the main aims of assigning courts of appeal. At the same time, the procedure for considering cases of courts of appeal is, in fact, determined by the functions and goals mentioned. In the case of creating a court of cassation, the question is the special nature of its activities, reflecting, first of all, the public and legal principles of justice in civil cases.

It is argued that the reforms of civil proceedings, which also affected the cassation appeal against court decisions, indicate the ongoing search for an optimal cassation model. One of the possible models is the limited cassation construction. Today this direction of development of this legal institution is considered as paramount by the domestic legislator.

It is substantiated that the grounds for cassation appeal against judicial decisions are stipulated by the need to analyze the similarity of legal relations. There are objective difficulties in describing this legal construction, given the possible complex composition of legal facts. For these reasons, the civil procedural legislation provides for evaluative concepts and categories. The author proceeds from the fact that the simple identity of the subject and the basis of the claim does not suffice to determine the similarity of legal relations. To draw the correct conclusion, an in-depth study of the circumstances of civil cases is necessary.

The author also analyzes other provisions of civil procedural legislation, reflecting the features of the essence of the normative model of cassation appeal against judicial decisions.

Key words: cassation, review of judicial decisions, unity of judicial practice, similarity of legal relations, optimization of civil proceedings.

Л.М. ДОРОШЕНКО, В.В. ПИЛЯВЕЦЬ

*Ліна Миколаївна Дорошенко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Донецького національного університету імені Василя Стуса**

ORCID: 0000-0001-9748-6358

*Вадим Вікторович Пилявець, студент магістратури юридичного факультету Донецького національного університету імені Василя Стуса***

ORCID: 0000-0001-9440-3924

ВИЗНАЧЕННЯ СПРАВЕДЛИВОЇ ЦІНИ ОБОВ'ЯЗКОВОГО ПРОДАЖУ АКЦІЙ

Постановка проблеми. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» від 23 березня 2017 р. № 1983-VIII (далі – Закон України № 1983-VIII) вперше на законодавчому рівні закріплено інститут обов'язкового продажу акцій акціонерів на вимогу особи, яка володіє домінуючим пакетом акцій¹, або, як називають цей інститут у США та країнах західної Європи, – squeeze-out. Вказані законодавчі зміни викликали стурбованість серед правознавців, юристів-практиків та учасників корпоративних відносин. Зокрема, виникли дискусії щодо відсутності балансу між правом власності учасників та інтересами акціонерних товариств² (далі – АТ), а саму процедуру обов'язкового продажу акцій найменували «узаконеним державою грабунком міноритарних акціонерів»³ або «узаконеним ошуканством»⁴. Не зважаючи на те, що з моменту внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» (далі – ЗУ «Про АТ») минуло три роки, до теперішнього часу в інформаційному просторі лунають заклики щодо скасування цього інституту як неконституційного, а судово-практика поповнюється новими справами, які спрямовані на оскарження окремих положень, пов'язаних з процедурою squeeze-out.

У липні 2019 р. 47 народних депутатів звернулись до Конституційного Суду України з клопотанням щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 65² ЗУ «Про АТ». Однак, Конституційним Судом відмовлено у відкритті провадження з підстав невідповідності конституційного подання законодавчим вимогам та неналежності до повноважень КСУ питань, порушених у поданні⁵. Крім того, ухвалою Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 2 липня 2019 р. справу № 908/137/18 про визнання правочину щодо обов'язкового викупу акцій недійсним передано на розгляд Великої Палати Верховного Суду у зв'язку з наявністю виключної правової проблеми⁶. На момент написання цієї статті розгляд справи Великою Палатою декілька разів переносився, внаслідок чого рішення у справі ще не прийняте.

Доцільно зупинитись на ролі процедури squeeze-out у покращенні корпоративного управління АТ та розвитку фінансового ринку. Загальновідомо, що особливість господарської стратегії АТ визначається співвідношенням позицій окремих акціонерів і можливостями останніх безпосередньо впливати на прийняті рішення, що в свою чергу залежить від сформованих пропорцій у розподіленні акцій. Для того щоб оперативно реагувати на зміни економічної ситуації, необхідні ефективне керівництво і мобільність у адмініструванні. В умовах великого числа акціонерів і зосередженості акцій серед дрібних (міноритарних) власників домогтися високого рівня керованості навряд чи можливо. Крім того, в такій ситуації відбувається ослаблення корпоративного контролю, і в господарській політиці АТ починають превалювати інтереси менеджменту, а не акціонерів. Таким чином, концентрація капіталу є закономірним, об'єктивно зумовленим процесом.

Натомість, після венчурної приватизації в 90-х рр. в Україні виникла абсолютно протилежна ситуація, коли звичайні робітники великих державних підприємств ставали його міноритарними акціонерами, але не брали участі в його життєдіяльності. Внаслідок цього значна кількість великих підприємств у формі АТ не могла оперативно реагувати на зміни у ринку, що призводило до зниження прибутку, а в деяких випадках – банкрутству. Однак завдяки процедурі squeeze-out власник домінуючого контрольного пакету акцій має можливість отримати повний контроль над управлінням компанією, що, в свою чергу, зумовлює швидкість прийняття управлінських рішень, зменшення грошових витрат на скликання, підготовку та проведення загальних зборів акціонерів, а міноритарні акціонери або їх спадкоємці отримують компенсацію за викуплені акції. Так, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) повідомила, що з початку запровадження процедури squeeze-out станом на 1 березня 2020 р. з рахунків-ескроу відповідно до надісла-

© Л.М. Дорошенко, В.В. Пилявець, 2020

* *Lina Doroshenko, Ph.D. in Law, Associate Professor of Vasyl' Stus Donetsk National University*

** *Vadym Pilyavets, student of II year of Master's degree division of the Faculty of Law of Vasyl' Stus Donetsk National University*

них вимог виплачено вже 980 мільйонів гривень. Під час викупу акцій кошти отримали 33 тисячі міноритарних акціонерів⁷, що є своєрідним показником схвалення та визнання ними процедури squeeze-out.

Окрім того, слід врахувати, що в Україні існували прецеденти, коли саме через міноритарних акціонерів здійснювалось рейдерство або корпоративний шантаж, що негативно впливало на господарську діяльність підприємства. Тому запровадженням процедури squeeze-out держава забезпечує публічний інтерес, який полягає в тому, щоб не допустити існування в економіці АТ з не вирішеним або потенційним корпоративним конфліктом з метою забезпечення стабільності функціонування, розвитку та інвестиційної привабливості компаній⁸.

Основною причиною критики інституту обов'язкового продажу акцій акціонерів на вимогу особи, яка володіє домінуючим контрольним пакетом акцій, є, на думку представників опозиційної до squeeze-out точки зору, неефективний механізм визначення справедливої ціни акцій⁹. Дійсно, саме несправедливий порядок визначення ціни акцій був підставою для визнання процедури squeeze-out неконституційною у Грузії, але це єдина країна, де було прийнято таке рішення органом конституційної юстиції. Тому справедлива ціна акцій є найважливішим елементом, яка відрізняє squeeze-out від незаконного привласнення акцій міноритаріїв, а її ефективне законодавче регулювання дасть змогу забезпечити дотримання балансу інтересів між міноритаріями та АТ.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Обов'язковий продаж акцій акціонерів на вимогу особи, яка є власником домінуючого контрольного пакету акцій, є новим інститутом у корпоративному праві України та знаходиться на етапі свого становлення. Відповідно, правова наука тільки формує своє концептуальне бачення специфіки правового регулювання цього інституту. У зв'язку з цим наукових праць, присвячених дослідженню визначення справедливої ціни акцій у процедурі squeeze-out, незначна кількість. Переважно ця тема у науковій літературі досліджувалась як елемент правового регулювання примусового викупу акцій у наукових публікаціях таких вчених, як Л.М. Белкін, О.В. Бігняк, К.С. Забітов, Ю.М. Жорнокуй, О.Р. Кібенко, О.В. Кологойда, О.О. Посикалюк, В.М. Тертешиник та інших, що вказує на актуальність проведення дослідження цього питання.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є розробка нових науково-теоретичних положень щодо визначення справедливої ціни акцій міноритарних акціонерів при їх обов'язковому продажу за вимогою особи, яка є власником домінуючого контрольного пакету акцій (squeeze-out), на основі законодавчого досвіду європейських країн та США.

Виклад основного матеріалу. Конфлікт між інтересами міноритарних та мажоритарних акціонерів – один із основних елементів, що становлять ядро проблем, досліджуваних теорією корпоративного права. Squeeze-out є класичним прикладом такого протиставлення. Досягнення рівноваги між інтересами мажоритарія та міноритаріями – одне із найбільш складних завдань для законодавця. Це твердження є особливо слушним щодо визначення справедливої ціни акцій, оскільки, як показує практика, саме ціна акцій є «яблуком розбрату» у відносинах міноритарного та мажоритарного власника.

Цілоком очевидним є те, що під «справедливою ціною акцій» мажоритарний акціонер та міноритарій будуть бачити абсолютно різні цифри. Так, мажоритарному акціонеру вигідне заниження ціни акцій, оскільки чим менша ціна однієї акції, тим меншу грошову суму він буде зобов'язаний перерахувати на ескроу-рахунки міноритаріїв. Саме на цьому моменті зобов'язана втрутитись держава та на законодавчому рівні закріпити такий механізм визначення ціни акцій, який унеможливує зловживання з боку мажоритарія та забезпечить міноритарію гідну компенсацію за втрачені акції, що відповідатиме їх реальній вартості. Натомість, застосування занадто суворих критеріїв визначення ціни може знизити кількість процедур squeeze-out, що буде свідчити про його неефективність.

Відповідно до ч. 5 ст. 65² ЗУ «Про АТ» ціною обов'язкового продажу акцій визначається найбільша з наступних:

1) найвища ціна акції, за якою заявник вимоги, його афілійовані особи або треті особи, що діють спільно з ним, придбавали акції цього товариства протягом 12 місяців, що передують даті набуття домінуючого контрольного пакета акцій включно з датою набуття;

2) найвища ціна, за якою заявник вимоги, його афілійовані особи або треті особи, які діють спільно з ним, опосередковано набули право власності на акції цього товариства протягом 12 місяців, що передують даті набуття такою особою домінуючого контрольного пакета акцій товариства включно з датою набуття, за умови, що вартість акцій товариства, які прямо або опосередковано належать такій юридичній особі, за даними її останньої річної фінансової звітності, становить не менше 90 % загальної вартості активів такої юридичної особи;

3) ринкова вартість акцій товариства, визначена суб'єктом оціночної діяльності відповідно до ст. 8 ЗУ «Про АТ» станом на останній робочий день, що передує дню набуття заявником вимоги домінуючого пакета акцій товариства¹.

Одночасно з цим положеннями ч. ч. 6–7 ст. 65² ЗУ «Про АТ» передбачено, що у разі невиконання мажоритарним акціонером обов'язків, про які говориться у ст. ст. 65 та 65¹ Закону України «Про АТ», ціна обов'язкового продажу акцій подвоюється. Таким чином, законодавець покладає на особу, яка є власником домінуючого контрольного пакету акцій АТ, відповідальність за невиконання обов'язків щодо повідомлення та надання інформації НКЦПФР про набуття домінуючого впливу, примушуючи порушника перетерпіти додаткові матеріальні втрати.

Слід додати, що положення ч. 5 ст. 65² ЗУ «Про АТ» поширюється на АТ, у яких особа набула права власності на домінуючий контрольний пакет акцій, після набрання чинності Закону України № 1983-VIII. Натомість, у випадках, якщо особа вже була власником домінуючого контрольного пакету акцій на момент набрання чинності вищезазначеним законом, порядок визначення ціни акцій регулюється абз. 5 п. 2 Прикінцевих та перехідних положень ЗУ «Про АТ», відповідно до якого ціною обов'язкового продажу акцій є:

– щодо акцій товариств, акції яких включено до біржового реєстру, – середній біржовий курс таких акцій на відповідній фондовій біржі, розрахований такою фондовою біржею за останні три місяці їх обігу, що передують дню отримання товариством передбаченого цим пунктом повідомлення;

– щодо акцій інших товариств – ринкова вартість акцій, визначена суб'єктом оціночної діяльності відповідно до законодавства про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність станом на дату отримання товариством передбаченого вищезазначеним пунктом повідомлення¹.

Особливу увагу слід звернути на визначення справедливої ціни акції суб'єктом оціночної діяльності. Ця практика є найбільш поширеною у правовому регулюванні процедури squeeze-out в Україні та зарубіжних країнах, оскільки як до діяльності незалежного оцінювача, так і до самої оцінки законодавцем пред'являються підвищені вимоги, покликані гарантувати достовірність оцінки. У національному законодавстві ці вимоги закріплені в Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», у національних стандартах оцінки – НСТ № 1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав», НСТ № 3 «Оцінка цілісних майнових комплексів». Як вбачається з Річного звіту НКЦПФР за 2019 р., станом на 31 грудня 2019 р. з 308 проведених процедур squeeze-out у 264 випадках ціна обов'язкового продажу акцій визначалась суб'єктом оціночної діяльності, що становить 86 % від загальної кількості¹⁰. Окрім того, слід зазначити, що НКЦПФР постійно направляє до Фонду державного майна України, на який покладено завдання створення системи незалежної оцінки майна, копії звітів про незалежну оцінку ринкової вартості простих акцій АТ, які останній рецензує. Згідно з даними Річного звіту НКЦПФР 2019 р. за весь час існування процедури squeeze-out в Україні лише 17 звітів про незалежну оцінку простих акцій визнано такими, що не відповідають вимогам нормативно-правових актів, є неякісними та непрофесійними і не можуть бути використані¹⁰, що становить лише 6,44 % від загальної кількості проведених процедур викупу акцій, де ціна визначалась суб'єктом оціночної діяльності.

Окремі вчені вказують на недосконалість механізму оцінки ціни акцій та пропонують свої пропозиції щодо його покращення. Так, О. Бігняк зазначає, що існують сумніви в доцільності положення ч. 3 ст. 8 ЗУ «Про АТ» щодо затвердження ціни обов'язкового продажу акцій наглядовою радою АТ. Вчений вважає, що визначення ціни акцій має походити від державного регулятора, тобто від НКЦПФР, оскільки саме через державне регулювання фондового ринку і передбачається забезпечення захисту прав та інтересів власників цінних паперів, сприяння прозорості функціонування ринку цінних паперів і умов для оптимального ціноутворення¹¹. Така точка зору щодо можливості визначення ціни акцій державним регулятором не відповідає традиційному підходу до врегулювання даного питання у корпоративному праві різних держав. Слід зазначити, що у деяких країнах державний регулятор може переглядати ціну (Чехія), затверджувати особу, яка здійснює незалежну оцінку акцій (Австралія) або попередньо затверджує ціну акцій (Литва)¹², однак навіть у таких випадках роль державного регулятора є додатковою та полягає у контролі над процедурою, а не у визначенні ціни. Зумовлюється це тим, що держава встановлює до державних службовців, у тому числі до працівників державного регулятора, набагато нижчі вимоги та гарантії їх неупередженості, ніж до суддів або незалежних оцінювачів.

Розглянемо досвід визначення справедливої ціни акцій у процедурі squeeze-out на основі законодавства країн з розвинутою економікою. Аналізуючи наукові публікації, присвячені порівняльно-правовому аналізу законодавчого регулювання процедури squeeze-out, слід відмітити особливу увагу науковців до законодавства та судової практики штату Делавер (США). Така прискіплива увага пояснюється тим, що законодавство штату Делавер є одним із найбільш розвинутих та гнучких у досліджуваній сфері. Саме в цьому штаті зареєстрована велика кількість американських корпорацій, навіть тих, які фактично здійснюють діяльність в інших штатах. Зокрема, саме у штаті Делавер зареєстровано 50 % всіх публічних корпорацій США і 60 % корпорацій, які увійшли до рейтингу Fortune'500. Загальна чисельність корпорацій, зареєстрованих в штаті, перевищує 800 тисяч. Таким чином, Делавер є безперечним лідером як база для створення публічних корпорацій американськими підприємцями. Тому аналіз положень корпоративного права Делавера особливо важливий для осмислення корпоративного права США в цілому. Окрім судової практики, діяльність корпорацій Делавер регулюється Загальним законом про корпорації (General Corporation Law)¹³.

Слід зазначити, що корпоративне право штату Делавер розрізняє поняття «справедливої вартості» та «справедливої ціни». Зокрема, відомим є рішення Верховного Суду штату Делавер у справі Weinberger v UOP, Inc. (1983). У цій справі Суд виділив два елементи справедливого викупу акцій: справедлива процедура (fair dealing) і справедлива ціна (fair price). Перший елемент передбачає, що директори повинні продемонструвати суду, що рішення про викуп акцій прийнято справедливо щодо меншості. Другий елемент має економічну природу та стосується порядку визначення компенсації з урахуванням усіх суттєвих чинників, які можуть впливати на справжню ціну акцій компанії. До таких чинників належать вартість активів, ринкова ціна акцій, прогнози щодо прибутку, розмір дивідендів, особливості компанії, а також будь-які інші обставини, які проливають світло на майбутні перспективи компанії. Окрім того, повинні враховуватися збитки, завдані міноритаріям у зв'язку з викупом їхніх акцій. Якщо у процесі оцінки не враховується кожен чинник

впливу на ціну, це порушує передбачену законом вимогу щодо оцінки всіх суттєвих чинників. Суд дійшов висновку, що не можна визначити єдиний метод оцінки вартості акцій. Допустимими є будь-які методи оцінки, які зазвичай використовуються у фінансовому секторі¹².

Щодо концепції справедливої вартості (*fair value*), слід зазначити, що у даному випадку суд виступає у ролі оцінювача. Акціонери, які не згодні з умовами злиття або поглинання, мають право вимагати викупу їхніх акцій за справедливою вартістю (*fair value*), що визначається судом (*appraisal right*). Суд визначає справедливу вартість «з урахуванням всіх істотних чинників», але при цьому не враховується можливий приріст вартості, що є результатом самого злиття або поглинання (ст. 262 Загального закону про корпорації)¹³.

У праві Європейського Союзу процедура *squeeze-out* регулюється Директивою 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Європейської Ради від 21 квітня 2004 р. (далі – Директива) «Про пропозиції поглинання», яка була імплементована Україною шляхом прийняття Закону України № 1983-VIII. Однак юридична конструкція щодо визначення ціни акцій у Директиві є нечіткою та розпливчастою. Так, у положеннях ч. 5 ст. 15 Директиви лише вказано: «Держави-члени повинні гарантувати справедливу ціну. Така ціна повинна мати таку саму форму, як і компенсація, запропонована відповідно до оферти, або має бути у готівковій формі. Держави-члени повинні забезпечити, щоб готівкова форма була запропонована принаймні як альтернатива»¹⁴. Тобто з цього слідує, що Директива дає державам-членам на власний розсуд можливість регулювати порядок визначення справедливої ціни акцій.

Значну роль у механізмі визначення ціни відіграють критерії визначення вартості акцій, тобто економічні показники, на основі яких встановлюється ціна акцій. Як зазначає литовський вчений Ф. Мілютіс, у країнах загального та приватного права визнаються три основні критерії (стандарт) визначення справедливої ціни акцій у їх викупі, а саме: ціна реалізації третім сторонам (*third party sale (liquidation) value*), ринкова вартість акцій (*market value*) та вартість діючого підприємства (*going concern value*). При цьому деякі автори вказують на те, що найбільш прийнятним механізмом визначення справедливої ціни є поєднання трьох вищевказаних стандартів¹⁵.

Кожен з вищевказаних критеріїв має свої переваги й недоліки. Так, прихильники ринкової вартості (*market value*) як критерію визначення справедливої ціни спираються на припущення, згідно з яким якщо фінансові ринки є ефективними, вартість цінних паперів на ринках відображає реальний попит на них, а отже, є найкращим об'єктивним показником справедливої вартості акцій. Слід зазначити, що ринкова вартість насправді розглядається як міра справедливої вартості у багатьох країнах. Так, критерії достатності ціни викупу акцій розглядав Федеральний Конституційний Суд Німеччини у справі щодо компанії DAT AG (1999), яка стосувалася викупу акцій міноритаріїв під час укладення між компаніями угоди про контроль. Суд дійшов висновку, що достатня компенсація за акції повинна відображати справжню вартість участі в компанії, а міноритарій повинен отримати ту суму, яку він отримав би за умови продажу акцій за власною волею, але в будь-якому разі не менше, ніж ринкова вартість акцій¹².

Однак, як зазначає Ф. Мілютіс, в даний час широко визнається, що ринкова ціна не може служити об'єктивним орієнтиром для визначення справедливої вартості акцій у більшості ситуацій, наприклад, через неліквідність (низька торгівля) ринкова вартість цінних паперів може бути знецінена, на відміну від реальної вартості активів підприємства. Більше того, вартість цінних паперів публічних акціонерних товариств на фінансових ринках залежить від планів мажоритарного власника, оскільки саме він здійснює корпоративний контроль над підприємством. У разі, якщо є підстави вважати, що контролер може використовувати компанію для вилучення приватної вигоди, неефективно управляти компанією або іншими способами прагнути отримати додатковий прибуток, виникають ризики зниження ринкової вартості підприємства¹⁵.

Слід зазначити, що в Україні стандарт вартості продажу третій стороні – *third party sale (liquidation) value* відрізняється від того підходу, що існує в зарубіжних країнах. Згідно з цим підходом справедлива вартість акцій, що виплачується міноритарним акціонерам, визначається виходячи з вартості всієї компанії у гіпотетичному сценарії її продажу третій стороні. Натомість в Україні критерій, визначений у положеннях п. 1–2 ч. 5 ст. 65² ЗУ «Про АТ», є найвищою ціною акцій, за якою мажоритарний акціонер купував у третью сторону акції цього товариства протягом 12 місяців, що передують даті набуття до дати набуття домінуючого контрольного пакета акцій включно з датою набуття.

Дані стандарти є універсальними показниками, які законодавець може встановлювати по-різному. Український законодавець в імперативному порядку встановлює додатковою гарантією для міноритарія те, що показник повинен бути найвищим із передбачених цін нормами ч. 5 ст. 65² ЗУ «Про АТ». Натомість, у Федеральному законі Російської Федерації «Про акціонерні товариства» встановлено, що ціна викупу цінних паперів здійснюється не нижче ринкової вартості цінних паперів, що викупуваються, яка повинна бути визначена незалежним оцінювачем. При цьому вказана ціна не може бути нижче ціни, за якою цінні папери купувались мажоритарним акціонером, внаслідок чого він набув право власності на домінуючий контрольний пакет акцій або найвищої ціни, за якою мажоритарний акціонер зобов'язувався викупити цінні папери після спливу строку добровільної або обов'язкової пропозиції, у результаті якого мажоритарний акціонер став власником домінуючого контрольного пакету акцій¹⁶. Тобто російський законодавець вибрав протилежний від українського підхід, встановлюючи вищевказані стандарти як мінімальний поріг ціни, за якою здійснюватиметься викуп акцій. Таким чином, можна зробити висновок, що критерії визначення ціни акцій можуть використовуватись як граничні (ціна має бути або не менше або не більше передбаченого законодавцем критерію) або як фіксовані (ціна має дорівнювати передбаченому законодавцем критерію).

Велике значення у процедурі squeeze-out мають суб'єкти визначення ціни. Наприклад, у ФРН відповідно до ст. 327b та ст. 327f Федерального закону Німеччини «Про акціонерні товариства» розмір справедливого відшкодування, що отримують міноритарні акціонери, визначає головний акціонер (особа, якій належить акції товариства у розмірі 95 % статутного капіталу), однак у випадку, якщо встановлений контролюючим акціонером розмір компенсації є неспіврозмірним вартості викуплених акцій, то суд за клопотанням міноритарного акціонера самостійно визначає розмір відповідної компенсації¹⁷. Тобто суб'єктом визначення ціни акцій є уповноважена особа або орган, який встановлює ціну акцій або визначає вартість акцій, за якою вони будуть викуплені у міноритарного акціонера.

Окрім мажоритарного акціонера (Австралія, США), суб'єктами визначення ціни може бути суд (США, Велика Британія), незалежні експерти (Україна, РФ, Польща), акціонерне товариство (Україна) або державний регулятор (Литва, Чехія, Австралія)¹². Однак слід зазначити, що існує тенденція законодавчого регулювання, коли суб'єкти мають різні ролі у визначенні ціни, що зумовлює їх поділ на основні та додаткові. При цьому зазвичай додаткові суб'єкти існують у тих правопорядках, де мажоритарний акціонер визначає справедливую ціну акцій. Тобто законодавець встановлює «дворівневий» механізм визначення ціни акцій, де за загальним правилом визначає ціну основний суб'єкт, після чого залучаються додаткові суб'єкти в обов'язковому або факультативному порядку, які залежно від їх повноважень затверджують ціну, перевіряють об'єктивність оцінки акцій, визнають ціну справедливою або призначають іншу.

Висновки. Таким чином, належне врегулювання механізму визначення справедливої ціни акцій є гарантією ефективного впровадження процедури squeeze-out у правову систему держави. Водночас складність досліджуваного механізму полягає у відсутності єдиного загальноприйнятого підходу та необхідності дотримання балансу інтересів міноритарного й мажоритарних акціонерів.

Встановлено, що хоча законодавчі підходи до squeeze-out та визначення справедливої ціни акцій у європейських країнах та США відрізняються, існують загальні тенденції правового регулювання. Так, особливі функції у squeeze-out здійснює суб'єкт визначення ціни акцій, під яким пропонується розуміти уповноважену особу або орган, який встановлює ціну акцій або визначає вартість акцій, за якою вони будуть викуплені у міноритарного акціонера. На основі порівняльно-правового аналізу практики зарубіжних країн виокремлено суб'єктів визначення ціни акцій, ними можуть бути: а) мажоритарний акціонер; б) АТ; в) суд; г) незалежний експерт або д) державний регулятор. Встановлено, що в деяких правопорядках існують «дворівневі» процедури squeeze-out, які складаються з двох етапів: визначення ціни та перевірка або затвердження ціни. Особливість «дворівневої» процедури squeeze-out полягає в тому, що визначають розмір компенсації міноритарному акціонеру відразу два суб'єкти – основний (суб'єкт, що безпосередньо встановлює ціну акцій) та додатковий (суб'єкт, що уповноважений перевіряти, затверджувати або призначати іншу).

Обґрунтовано, що особливе значення у механізмі визначення ціни акції мають критерії (стандарти) визначення вартості акцій, під якими запропоновано розуміти закріплені законодавцем економічні показники, на основі яких суб'єкт визначає або затверджує ціну акцій – розмір виплаченої міноритарному акціонеру компенсації. Найбільш поширеними в законодавстві різних країн є наступні чинники: ринкова вартість акцій, вартість продажу третім особам та вартість діючого підприємства. При цьому критерії (стандарти) визначення вартості акцій можуть використовуватись як граничні (визначена ціна акцій має бути не більше або не менше закріпленого законодавцем критерію) або як фіксовані (визначена ціна має дорівнювати закріпленому законодавцем критерію).

Аргументовано, що закріплений українським законодавцем механізм визначення ціни акцій у ЗУ «Про АТ» відповідає тенденціям правового регулювання цього інституту у зарубіжних країнах. Виокремлено види суб'єктів визначення ціни акцій у законодавстві низки країн. Так, національне законодавство в якості критеріїв (стандартів) визначення ціни акцій встановлює фіксовані економічні показники, які дають можливість з'ясувати реальну вартість акцій з урахуванням попиту на фінансових ринках, та залучає незалежних оцінювачів з метою забезпечення неупередженості й об'єктивності у процедурі визначення ціни акцій, що гарантує міноритарним акціонерам отримання справедливої компенсації за викуплені акції.

¹ Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 р. № 514-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 50–51. Ст. 384.

² Заблоцький К.В. Squeeze-out : конституційний чи не зовсім? *Журнал європейського і порівняльного права*. 2019. № 10 (1-2). С. 88–100.

³ Белкін Л.М. Ілюстрація узаконеного державою грабунку міноритарних акціонерів. *Stock world*. URL: <https://www.stockworld.com.ua/ru/column/iliustratsiia-uzakonienugho-dierzhavoiu-ghrabunku-minoritarnikh-aktsionieriv>

⁴ Король В. Слуги народу чи прислуга олігархів : кого більше в стінах Верховної Ради. *Економічна правда*. URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2019/03/18/646194/>

⁵ Ухвала Великої Палати Конституційного Суду України від 10.10.2019 р. № 45-у/2019 / *Офіційний вебсайт Конституційного Суду України*. URL: http://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/45_u_2019.pdf (дата звернення: 27.09.2020).

⁶ Ухвала Касаційного господарського суду у складі Верховного суду від 2.07.2019 р. у справі 908/137/18. *Ресстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82829796> (дата звернення: 27.09.2020).

⁷ З початку запровадження squeeze-out у міноритарні акціонери отримали майже мільярд гривень. *Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку*. URL: <https://www.nssmc.gov.ua/z-pochatku-zaprovadzhennia-skviz-autu-minorytarni-aktsionery-otymaly-maizhe-miliard-hryven/> (дата звернення: 27.09.2020).

⁸ Дорошенко Л.М. Щодо відповідності процедури обов'язкового продажу акцій (squeeze-out) принципу непорушності права власності. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 7. С. 76–82. С. 81.

⁹ Звернення учасників фондового ринку міноритарних акціонерів українських підприємств та представників громадських організацій до Конституційного Суду України щодо процедури squeeze-out та sell-out. *Stock world*. URL: <https://www.stockworld.com.ua/ru/column/pro-zvierniennia-uchasnikiv-fondovogho-rinku-do-konstitutsiinogho-cudu-ukrayini>

¹⁰ Річний звіт НКЦПФР 2019. *Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку*. URL: https://www.nssmc.gov.ua/wp-content/uploads/2020/06/zvit-2019_web.pdf (дата звернення: 27.09.2020). С. 32–33.

¹¹ Бігняк О.В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2018. С. 226.

¹² Ігонів В., Шматов А. Ціна сквіз-ауту : в пошуках справедливості. *Юридична газета*. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/cina-skvizautu-v-poshukah-spravedlivosti.html>

¹³ Будылин С.Л. Право міноритарних акціонерів в корпоративному праві США на прикладі штату Делавер. *Журнал російського права*. 2008. № 7. С. 116–117.

¹⁴ Про заявки та пропозиції ціни поглинання : директива № 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21.04.2004 р. *Міністерство юстиції України*. URL : https://minjust.gov.ua/m/str_45877

¹⁵ Miliutis F. Fair Price in Squeeze-out Transactions. *Societal Studies, Mykolas Romeris University Publishing*. 2013. № 5(2). С. 780–781.

¹⁶ Федеральний закон от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ (ред. от 31.07.2020 г.) «Об акционерных обществах». *Консультант плюс*. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8743/

¹⁷ Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах. 2-е изд., перераб. Москва: Волтер-Клуверс, 2009. С. 451.

Резюме

Дорошенко Л.М., Пилявець В.В. Визначення справедливої ціни обов'язкового продажу акцій.

У статті розглядаються положення законодавства та правової доктрини щодо правового регулювання примусового викупу акцій (squeeze-out) в Україні, європейських країнах та США. Аргументовано, що належне законодавче врегулювання механізму визначення справедливої ціни забезпечує баланс між інтересами мажоритарних та міноритарних акціонерів у зазначеній процедурі.

Проаналізовано положення ЗУ «Про АТ», що стосуються визначення ціни обов'язкового продажу акцій, матеріали судової практики, практики діяльності НКЦПФР з цього питання. Встановлено, що хоча законодавчі підходи до squeeze-out та визначення справедливої ціни акцій у різних країнах відрізняються, можна виявити загальні тенденції до правового регулювання цього питання. Виокремлено види суб'єктів визначення ціни акцій у законодавстві низки країн. Встановлено основні критерії визначення справедливої ціни акцій за законодавством США та європейських країн.

Ключові слова: обов'язковий продаж акцій, squeeze-out, ціна обов'язкового продажу акцій, справедлива вартість акцій, мажоритарний акціонер, міноритарний акціонер, акціонерне товариство.

Резюме

Дорошенко Л.М., Пилявець В.В. Определение справедливой цены обязательной продажи акций.

В статье рассматриваются положения законодательства и правовой доктрины относительно правового регулирования принудительного выкупа акций (squeeze-out) в Украине, европейских странах и США. Аргументировано, что надлежащее законодательное урегулирование механизма определения справедливой цены обеспечивает баланс между интересами мажоритарных и міноритарных акціонерів в указанной процедуре.

Проанализированы положения ЗУ «Об АО», регулирующие определение цены обязательной продажи акций, материалы судебной практики, практики деятельности НКЦПФР по этому вопросу. Установлено, что хотя законодательные подходы к squeeze-out к определению справедливой цены акций в разных странах отличаются, можно выявить общие тенденции правового регулирования этого вопроса. Выделены виды субъектов определения цены акций в законодательстве ряда стран. Установлены основные критерии определения справедливой цены акций в соответствии с законодательством США и европейских стран.

Ключевые слова: обязательная продажа акций, squeeze-out, цена обязательной продажи акций, справедливая стоимость акций, мажоритарный акціонер, міноритарный акціонер, акціонерное общество.

Summary

Lina Doroshenko, Vadym Pilyavets. Determining the fair price of mandatory sale of shares.

The article is devoted to the analysis of the provisions of the legislation and legal doctrine on determining the fair price of shares in the squeeze-out procedure in Ukraine, European countries and the United States. It has been established that proper legislative regulation of the fair price mechanism ensures a balance between the interests of majority and minority shareholders in the squeeze-out procedure.

The provisions of the Law of Ukraine “On Joint Stock Companies” concerning the determination of the price of mandatory sale of shares, materials of court practice, the practice of the NSSMC on this issue are analyzed. The essence of the mechanism to determine the fair price of the shares as part of the procedure of “squeeze-out”.

Based on the experience of the United States and European countries, it is generalized that although the legal approaches to squeeze-out and determining the fair price of shares in different countries differ, some general trends in legal regulation can be identified. Particular attention was paid to such components of the squeeze-out procedure as standards (criteria) for determining the value and the subjects of determining the share price. It has been established that the subjects of determining the share price can be a controlling shareholder, courts, an independent expert, a state regulator or a joint stock company.

The concept of “criteria (standards) for determining the value of shares” as enshrined in the legislation of economic indicators, on the basis of which the entity sets the redemption price of shares. The most common standards for determining the value of shares

used in foreign legal systems are described, such as: market value, third party sale (liquidation) value and going concern value. It was proved that the studied standards can be used as a boundary and fixed.

Key words: mandatory sale of shares, squeeze-out, mandatory sale price of shares, fair value of shares, majority shareholder, minority shareholder, joint stock company.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.29

УДК: 346.9

Л.А. КОРУНЧАК

*Лариса Анатоліївна Корунчак, кандидат юридичних наук, доцент Херсонського факультету Одеського державного університету внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0001-8467-5387

ЗАХОДИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ В ЦИВІЛЬНОМУ ТА ГОСПОДАРЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПРАВОВА ПРИРОДА

Постановка проблеми. Останніми роками велика увага приділяється регламентації заходів процесуального примусу. особливо нагальним це питання стало після прийняття в жовтні 2017 р. нових редакцій низки кодексів з метою уніфікації вітчизняного процесуального законодавства (зокрема, Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Кодексу України про адміністративне судочинство).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначеній проблематиці присвячені роботи В.В. Бутнева, А.Т. Комзюка, К.В. Куцика, С.М. Смокова, В.В. Резнікової, Ю.О. Ровинського та ін. Зокрема, здійснювались дослідження визначення поняття процесуального примусу в цивільному процесі, заходів процесуального примусу. Водночас питання природи заходів процесуального примусу в цивільному та господарському судочинстві, визначення їхньої суті з позицій синергетичної методології не висвітлювались.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є дослідження можливості застосування синергетичної методології при вивченні правової природи заходів процесуального примусу в цивільному та господарському судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Розглядаючи поняття процесуального примусу, одразу зазначимо, що він характеризується загальними ознаками, притаманними державному примусу, оскільки є одним із його видів. За позицією А.Т. Комзюка державний примус, з одного боку, розглядається як одна з невід'ємних складових здійснення державної влади, як її засіб (метод), а в кінцевому результаті – як основна ознака держави і правової системи в цілому. З іншого боку, цей примус – не самоціль, він є наслідком певної поведінки різних соціальних суб'єктів, поведінки, яка відхиляється від вимог правових норм, становить загрозу відносинам, що цими нормами регулюються й охороняються, і застосовуються з метою усунення такої поведінки¹. Іншими словами, державний примус має подвійну природу, зумовлену його зв'язком із державою і державною владою та наслідковим характером від вчинення порушення правових норм.

К.В. Куцик серед ознак державного примусу відмічає його правовий характер, оскільки такий примус здійснюється на підставі та в рамках права; спрямованість на охорону та відновлення порушених прав та інтересів учасників процесу; специфічну форму правозастосовної діяльності спеціально уповноваженого державного органу (суду); примусовий характер, оскільки застосовується всупереч волі і бажанню відповідних суб'єктів та є впливом на їхню свідомість і поведінку².

Таким чином, процесуальний примус, як різновид примусу державного, має подвійну природу; правовий та примусовий характер; специфічну форму правозастосовної діяльності; застосовується спеціально уповноваженим державним органом; спрямований на встановлення та дотримання гомеостазу прав та інтересів учасників процесу.

Разом із тим заходи процесуального примусу мають свої особливості. Як підкреслює С.М. Смоков, заходи процесуального примусу застосовуються в судовому засіданні та носять процесуальний характер³.

Під час розгляду справи примус застосовується досить рідко. На думку В.В. Бутнева, у механізмі правового регулювання процесуальних відносин примус не займає провідного місця з тієї причини, що необхідність у його застосуванні виникає лише тоді, коли у цьому механізмі відбуваються зрив, збій, який необхідно усунути за допомогою заходів державного примусу. Він застосовується на основі закону у конкретних, індивідуальних відносинах, що (у своїй більшості) виникають у зв'язку з правопорушеннями і застосуванням санкцій⁴. Із синергетичної точки зору примус застосовується у разі виникнення певного хаосу в системі під час розгляду справи через невиконання нормативно встановлених правил, недобросовісне виконання

обов'язків, зловживання учасниками справи своїми правами, створення ними протиправних перешкод у здійсненні судочинства, тобто внаслідок збільшення в системі судочинства рівня ентропії. Намагаючись зменшити ентропію, щоб зберегти нормативно встановлений порядок, система змушена направити сили на припинення порушення процесуальних норм учасниками процесу, застосовуючи для цього спеціально визначені заходи.

Заходи процесуального примусу регламентовано в цивільно-процесуальному, господарсько-процесуальному, адміністративно-процесуальному законодавстві. Зокрема, у цивільному процесі цей інститут використовується досить давно. Для господарського ж судочинства він досить новим, включеним у теперішню редакцію Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПКУ) у зв'язку з уніфікацією кодексів наприкінці 2017 р. Саме поняття процесуального примусу добре висвітлене наукою цивільного процесуального права, тому, оскільки зазначена галузь є материнською, історично першою стосовно господарського процесуального й адміністративного процесуального права, то наявні теоретичні напрацювання щодо її правових інститутів можуть використовуватись і в суміжних з нею галузях права, зрозуміло, враховуючи особливості кожного із процесів.

Як зазначає К.В. Куцик, примус, який застосовується під час здійснення цивільного судочинства, має свої, притаманні лише йому особливості, зумовлені юридичною природою цивільних процесуальних правовідносин. Зокрема: 1) метою застосування цивільного процесуального примусу є реагування на порушення встановлених правил поведінки в суді, а також припинення правопорушень, які протиправно перешкоджають здійсненню цивільного судочинства та (або) порушують права й інтереси учасників процесу; 2) цивільний процесуальний примус має місце у разі, коли авторитету закону та суду і переконання в необхідності виконання нормативних приписів недостатньо; 3) процесуальний примус у цивільному судочинстві проявляється у вигляді застосування відповідних заходів, тобто здійснюється у певній, передбаченій законом, процесуальній формі. Крім того, цивільний процесуальний примус повинен мати певні межі ефективності в механізмі правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин, тобто бути оптимальним за результатами свого правового впливу. При цьому загальна спрямованість примусу повинна визначатися завданнями судочинства як справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду й вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави⁵. Іншими словами, щоб ефективно справлятися з ентропією в системі судочинства, процесуальний примус має бути близьким до природи самої системи, узгоджуватись з відповідними діючими в ній правовими нормами та інститутами.

Частиною 2 ст. 44 ЦПКУ, ч. 2 ст. 43 ГПКУ визначено, що залежно від конкретних обставин суд може визнати зловживанням процесуальними правами дії, що суперечать завданню судочинства, зокрема:

1) подання скарги на судові рішення, яке не підлягає оскарженню, не є чинним або дія якого закінчилася (вичерпана), подання клопотання (заяви) для вирішення питання, яке вже вирішено судом, за відсутності інших підстав або нових обставин, заявлення завідомо безпідставного відводу або вчинення інших аналогічних дій, спрямованих на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи чи виконання судового рішення;

2) подання декількох позовів до одного й того самого відповідача (відповідачів) з тим самим предметом та з тих самих підстав або подання декількох позовів з аналогічним предметом і з аналогічних підстав, або вчинення інших дій, метою яких є маніпуляція автоматизованим розподілом справ між суддями;

3) подання завідомо безпідставного позову, позову за відсутності предмета спору або у спорі, який має очевидно штучний характер;

4) необґрунтоване або штучне об'єднання позовних вимог з метою зміни підсудності справи, або завідомо безпідставне залучення особи як відповідача (співвідповідача) з тією самою метою;

5) укладення мирової угоди, спрямованої на шкоду правам третіх осіб, умисне неповідомлення про осіб, які мають бути залучені до участі у справі.

Як зазначає В.В. Резнікова, аналізуючи зміст ст. ст. 133–135 ГПК України, можна сформулювати перелік підстав застосування заходів процесуального примусу:

– порушення порядку під час судового засідання або невиконання ними розпоряджень судді (головуючого судді);

– неподання письмових, речових чи електронних доказів, що витребувані судом, без поважних причин або без повідомлення причин;

– невиконання процесуальних обов'язків, зокрема ухилення від вчинення дій, покладених судом на учасника судового процесу;

– зловживання процесуальними правами, вчинення дій або допущення бездіяльності з метою перешкоджання судочинству;

– неповідомлення суду про неможливість подати докази, витребувані судом, або неподання таких доказів без поважних причин;

– невиконання ухвали про забезпечення позову або доказів, ненадання копії відзиву на позов, апеляційну чи касаційну скаргу, відповіді на відзив, заперечення іншому учаснику справи у встановлений судом строк;

– порушення заборон, встановлених ч. 10 ст. 188 ГПК України (під час врегулювання спору за участю судді забороняється використовувати портативні аудіотехнічні пристрої, а також здійснювати фото- і кінозйомку, відео-, звукозапис)⁶.

Суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами. У господарському процесі застосовують такі заходи процесуального примусу, як попередження, видалення із залу судового засідання, тимчасове вилучення доказів для дослідження судом, штраф. Зокрема, ч. 1 ст. 132 ГПКУ до заходів процесуального примусу віднесено попередження (ст. 133), видалення із залу судового засідання (ст. 133), тимчасове вилучення доказів для дослідження судом (ст. 134), штраф (ст. 135). У цивільному та адміністративному процесі, крім перелічених заходів, застосовується також привід (ст. 147 ЦПКУ, ст. 148 КАСУ).

Отже, процесуальний примус включає різні за ступенем правові обмеження, оскільки повинен мати певні межі ефективності в механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин, щодо яких застосовується, бути оптимальним за результатами свого правового впливу.

Заходи процесуального примусу можуть застосовуватись як до сторін, так і до інших учасників судового процесу та їх представників, у тому числі до перекладачів, судових експертів, спеціалістів та інших осіб у випадку порушення ними процесуального законодавства. Застосування заходів процесуального примусу не є кінцевою метою судового процесу. Воно є засобом для спонукання відповідних осіб до виконання встановлених у суді правил, добросовісного виконання процесуальних обов'язків, припинення зловживання правами та для запобігання створенню протиправних перешкод у здійсненні судочинства. Таким чином, застосування інституту заходів процесуального примусу під час судового розгляду сприяє дотриманню сторонами та учасниками процесу своїх процесуальних обов'язків, недопущенню маніпулювання судовою системою та створює умови для більш швидкого і результативного розгляду справ.

Між науковцями досі тривають дискусії щодо співвідношення понять процесуального примусу та процесуальної відповідальності. У теорії права поняття юридичної відповідальності розуміється як передбачені санкціями норм права несприятливі наслідки особистого, майнового чи організаційного характеру, яких зазнає особа за вчинення правопорушення.

Ознаками юридичної відповідальності є такі: 1) передбачає настання несприятливих наслідків особистого, майнового чи організаційного характеру; 2) до юридичної відповідальності притягуються за вчинення правопорушення; притягнення здійснюється лише за наявності юридичних, фактичних та процесуальних підстав; 3) застосовується лише до деліктоздатних суб'єктів; 4) притягнення до юридичної відповідальності зазвичай здійснюється уповноваженими на це суб'єктами шляхом правозастосування; 5) настання несприятливих наслідків, передбачених санкціями норм права, забезпечується можливістю застосування державного примусу. При цьому йдеться не тільки про відновлення порушеного права постраждалої особи, а й про покарання правопорушника⁷.

Водночас, не зважаючи на те, що можливість застосування державного примусу є однією із ознак юридичної відповідальності, застосування заходів процесуального примусу у жодному разі не має за мету покарання винних осіб. Відповідно до ч. 1 ст. 143 ЦПКУ метою застосування заходів процесуального примусу є спонукання відповідних осіб до: 1) виконання встановлених в суді правил; 2) добросовісного виконання процесуальних обов'язків; 3) припинення зловживання правами; 4) запобігання створенню протиправних перешкод у здійсненні судочинства. Аналогічні норми містяться у ст. 131 Господарського процесуального кодексу України та ст. 144 Кодексу адміністративного судочинства України. Отже, особливістю заходів процесуального примусу є те, що обмеження, які ними передбачені, мають за мету спонукати певних осіб до належного виконання ними своїх обов'язків, неприпустимості зловживання своїми процесуальними правами, забезпечення встановленого порядку здійснення судочинства. Застосування цих заходів передбачає втручання у сферу процесуальних прав учасників процесу та у сферу їх особистих прав виключно з метою відновлення й дотримання встановлених процесуальним законом правил та більш швидкого розгляду справи судом. Виходячи із зазначеного, передбачені заходами процесуального примусу обмеження не є заходами відповідальності, оскільки не мають її ознак.

Висновки. Процесуальний примус, як різновид примусу державного, має подвійну природу; правовий та примусовий характер; специфічну форму правозастосовної діяльності; застосовується спеціально уповноваженим державним органом; спрямований на встановлення та дотримання гомеостазу прав та інтересів учасників процесу. Разом із тим заходи процесуального примусу мають свої особливості. Із синергетичної точки зору примус застосовується системою завдяки властивій їй здатності до самоорганізації у разі виникнення певного хаосу під час розгляду справи через невиконання нормативно встановлених правил, недобросовісного виконання обов'язків, зловживання учасниками справи своїми правами, створення ними протиправних перешкод у здійсненні судочинства, тобто внаслідок збільшення в системі судочинства рівня ентропії.

Намагаючись зменшити ентропію, для збереження нормативно встановленого порядку система змушена спрямувати сили на припинення порушення процесуальних норм учасниками процесу, застосовуючи для цього спеціально визначені заходи. Щоб ефективно справлятися з ентропією в системі судочинства, процесуальний примус має бути близьким до природи самої системи, узгоджуватись з відповідними діючими в ній правовими нормами та інститутами. Для досягнення цієї мети процесуальний примус передбачає різні за ступенем правові обмеження (заходи), що відповідають рівню напруженості, яка виникає в системі під час розгляду справи при порушенні встановленого порядку. Ці обмеження мають спонукати певних осіб до належного виконання ними своїх обов'язків, неприпустимості зловживання своїми процесуальними правами, забезпечення встановленого порядку здійснення судочинства, відновлення й дотримання встановленого процесуального порядку, недопущення хаосу й ентропії в системі під час здійснення судочинства і в жодно-

му разі не мають за мету покарання порушників, тому заходи процесуального примусу в цивільному та господарському судочинстві за своєю правовою природою не є заходами відповідальності.

¹ Комзюк А.Т. Державно-владний аспект адміністративного примусу. *Вісник Академії правових наук України*. Харків, 2000. № 4. С. 135.

² Куцик К.В. Щодо визначення поняття процесуального примусу в цивільному судочинстві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Ужгород, 2016. № 41. Т. 1. С. 118 (Серія «Право»).

³ Смоков С.М. Види обмежень конституційних прав громадян у новому Кримінальному процесуальному кодексі України. *Форум права*. 2012. № 2. С. 628. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2012_2_100

⁴ Бутнев В.В. Гражданская процессуальная ответственность. Ярославль: ЯрГУ, 1999. С. 49.

⁵ Куцик К.В. Заходи процесуального примусу в цивільному судочинстві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2017. С. 70.

⁶ Резнікова В.В. Заходи процесуального примусу. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф.* (Чернівці, 18–19 жовтня 2018 р.). Чернівці, 2018. С. 158.

⁷ Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / за ред. О.В. Петришина. Харків: Право, 2014. С. 255–256.

Резюме

Корунчак Л.А. Заходи процесуального примусу в цивільному та господарському судочинстві: правова природа.

Статтю присвячено поняттю та підставам застосування заходів процесуального примусу в цивільному та господарському судочинстві, правовій природі цих заходів із синергетичної точки зору. Застосування заходів процесуального примусу в жодному разі не має за мету покарання порушників процесуальних норм, тому за своєю правовою природою заходи процесуального примусу не є заходами відповідальності.

Із синергетичної точки зору примус застосовується системою судочинства завдяки властивій їй здатності до самоорганізації і має бути близьким до природи самої системи, узгоджуватись з діючими у ній правовими нормами та інститутами.

Ключові слова: заходи процесуального примусу, цивільне судочинство, господарське судочинство, процесуальний примус, юридична відповідальність, синергетичний підхід, синергетика, самоорганізація.

Резюме

Корунчак Л.А. Меры процессуального принуждения в гражданском и хозяйственном судопроизводстве: правовая природа.

Статья посвящена понятию и основаниям применения мер процессуального принуждения в гражданском и хозяйственном судопроизводстве, правовой природе этих мер с синергетической точки зрения. Применение мер процессуального принуждения ни в коем случае не имеет целью наказание нарушителей процессуальных норм, поэтому по своей правовой природе меры процессуального принуждения не являются мерами ответственности.

С синергетической точки зрения принуждение применяется системой судопроизводства благодаря присущей ей способности к самоорганизации и должно быть близким к природе самой системы, согласовываться с действующими в ней правовыми нормами и институтами.

Ключевые слова: меры процессуального принуждения, гражданское судопроизводство, хозяйственное судопроизводство, процессуальное принуждение, юридическая ответственность, синергетический подход, синергетика, самоорганизация.

Summary

Larysa Korunchak. Measures of procedural enforcement in civil and economic legislation: legal nature.

The article deals with the notion and grounds of using measures of procedural enforcement in the civil and economic legislation, to the legal nature of these measures synergetic perspective. It is noted, that the definition of the procedural enforcement is better given in the civil procedural law because exactly this branch is historically the first, “mother” of the economic and administrative procedural law; that’s why evident theoretical works related to the different institutions of the civil procedural law can be used in the neighboring branches as well taking into consideration the peculiarities of each process. The application of the procedural enforcement provides the interference into the sphere of the procedural rights of the participants of the process and in the sphere of their personal rights with the purpose to renew and adhere to the rules prescribed by the procedural law and for a quick case solution by court and in no case intends to punish those who break procedural norms, so the limits, provided with the procedural enforcement don’t have the signs of liability.

From the perspective of synergistic, enforcement is used by the system due to its inherent ability to self-organize in case of some chaos during the case due to non-compliance with regulations, failure of duties, abuse of rights, creating obstacles to justice, ie due to increase in the level of entropy in the judicial system. In order to effectively deal with entropy in the judicial system, procedural coercion must be close to the nature of the system itself, consistent with the relevant legal norms and institutions.

To achieve this goal, procedural enforcement provides for different degrees of legal restrictions (measures), corresponding to the level of tension that arises in the system during the proceedings in violation of established proceedings.

Key words: measures of procedural enforcement, civil legislation, economic legislation, procedural enforcement, juridical liability, synergetic approach, synergetics, self-organization.

О.В. МЕЛЬНИЧЕНКО

*Оксана Вікторівна Мельниченко, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0003-1217-1950

СПІЛЬНА СУМІСНА ВЛАСНІСТЬ ПОДРУЖЖЯ: СУПЕРЕЧЛИВА СУДОВА ПРАКТИКА

Постановка проблеми. У складних соціально-економічних умовах сьогодення, напруженості сімейної атмосфери більшості українських родин важливе місце у механізмі реалізації та захисту майнових прав подружжя належить презумпції спільної сумісної власності подружжя та нормам про особисту приватну власність дружини та чоловіка. Інтерес для наукового дослідження та вивчення викликають підстави її застосування й спростування, адже концептуальні засади сімейного законодавства з цих питань потребують розширеного тлумачення та більш удосконаленої регламентації.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання природи правових презумпцій загалом, презумпцій сімейно-правової сфери, а також проблем їх застосування у контексті розгляду конкретних питань порушувались у працях чималої кількості вітчизняних та зарубіжних науковців. Свої праці із зазначеної тематики публікували, зокрема: З.В. Ромовська, О.А. Явор, Р.Д. Ляшенко, Д.В. Черемнов, С.Я. Фурса, І.В. Івахненко, І.Ю. Гольяпина, В.А. Плоскова, Т.В. Краснова та ін. Але практичне застосування презумпції спільної сумісної власності судами як засобу правового регулювання містить низку проблемних нюансів, для обґрунтованого та якісного вирішення яких необхідно проводити наукові дослідження, здійснюючи моніторинг останньої судової практики.

Формулювання мети статті. Проаналізувати правові підстави застосування та спростування презумпції спільної сумісної власності, висвітлюючи основні проблемні моменти та способи їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Для захисту майнових інтересів подружжя та для справедливого поділу його майна інтерес становить законодавче регулювання цих відносин із врахуванням майнової спільності, правового режиму спільного сумісного майна, наявних договірних відносин між подружжям, порушення подружніх обов'язків. Метою правового вдосконалення постає справедливе, прозоре вирішення майнових конфліктів між дружиною та чоловіком.

Законними підставами виникнення спільного сумісного майна подружжя є: 1) способи набуття, які передбачені у гл. 24 ЦК України; 2) правовий статус зареєстрованого подружжя з урахуванням (здійсненням) їх внеску; 3) правовий статус зареєстрованого подружжя без врахування їх внеску до спільного майна; 4) проживання жінки та чоловіка однією сім'єю. Згідно зі ст. 74 СК України чоловік та жінка, що проживають однією сім'єю, мають правовий статус співмешканців та наділені СК України правами і обов'язками щодо спільної сумісної власності.

Інакше коротко виділити можна такі підстави встановлення спільної сумісної власності, як укладання шлюбу, передача майна у спільну сумісну власність наймача та членів його сім'ї у процесі приватизації державного житлового фонду, спільна праця за спільні кошти членів сім'ї.

У контексті вищезазначеного необхідно відмежовувати поняття «спільне майно подружжя» від поняття «сумісне майно подружжя», яким є майно, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності, а також майнові права та обов'язки, що набуті подружжям під час шлюбу.

Майно подружжя, наприклад, переказані кошти, товари, бізнес-капітал є спільною сумісною власністю подружжя, не зважаючи на те, що все це може бути зароблене та створене одним з подружжя, навіть за умови роздільного проживання, презюмуються спільною сумісною власністю (ст. 60 СК України). За обставин, визначених ст. 70 п. 2 та 57 п. 6 СК України, вони можуть бути визнані роздільною власністю подружжя, а також в договірному порядку (ст. 69 п. 2 СК України). Це та інше спільне майно на договірній основі або у судовому порядку та за умови настання негативних наслідків: послаблення сімейних зв'язків та розірвання шлюбу стає об'єктом поділу.

З наведеної нижче судової практики помітно, що вибір на користь застосування презумпції спільної сумісної власності подружжя чи норм про особисту приватну власність дружини, чоловіка чи шлюбного договору проходить за допомогою доктринального розуміння та правового регулювання.

У судовому порядку поділу майна подружжя пріоритетне місце займає останнім часом застосування судами презумпції сумісної власності. Як будь-який принцип права ця презумпція встановлює загальне правило, загальний порядок регулювання майнових відносин подружжя, чітко передбачає можливі винятки із

загального правила. У всіх випадках, крім спеціально обумовлених, діє загальне правило. Доречно нагадати, що саме слугує підґрунтям для цього.

Презумпція у праві (з лат. *praesumptio* – припущення, від *praesumere* – передбачати, припускати) – закріплені у правових нормах припущення щодо вірогідності настання певного юридичного факту¹.

Правові презумпції мають низку ознак і значень. Вони виводять їх у ряд керівних положень для судової практики. Отже, О.А. Явор встановлює основні ознаки правових презумпцій у сімейному праві: «До основних характеристик презумпції можна віднести такі:

- це припущення, презюмування яке встановлюється між встановленим юридичним фактом та фактом, що презюмується;
- це узагальнення, спрямоване на регулювання тих чи інших життєвих обставин;
- вважається вірогідною частиною норми права;
- це припущення, що тягне настання юридичних наслідків;
- підґрунтя (підтвердження попереднім досвідом) знаходиться в юридичній практиці;
- відображає зв'язок між життєвими обставинами та юридичними наслідками;
- презумпція створюється з метою полегшити правове регулювання;
- підставами виникнення презумпцій можуть бути життєві обставини або презумпція може бути результатом правозастосовної діяльності;
- завжди закріплюється в нормах права або в нормативно-правових актах»².

У правовій доктрині презюмується спільна сумісна власність подружжя, що відповідає всім ознакам презумпцій. Правило про особисту приватну власність не є презумпцією, оскільки, по-перше, не є узагальненням і, по-друге, не вважається вірогідною частиною норми права (ст. 57 СК України), потребує доведення, в юридичній практиці не застосовується як презумпція. Доречно уточнити серед ознак, що презумпція – це узагальнення, яке не потребує спеціального доведення, але може бути оскаржене і спростоване у судовому чи договірному порядку у силу наявності винятків. «Отже, презумпція є правилом-прийомом, згідно з яким без спеціальних доказів, а лише на підставі встановлення юридичних фактів, можна зробити припущення про наявність (відсутність) певних юридичних фактів або правовідносин».

«У правовій дійсності є феномен, який, не будучи юридичним фактом, може породжувати правовідносини. Це – презумпція. Презумпції – важливий і досить гнучкий інструмент регулювання правовідносин»³. Суть гнучкості полягає у тому, що презумпція може бути застосована у різних випадках та спростована (окрім неспростовних презумпцій) попри те, що це таке припущення, твердження, яке вважається істинним. У той час, коли ведеться суперечка про існування неспростовних презумпцій, то вона відсутня щодо спростованих презумпцій. Презумпція спільної сумісної власності подружжя належить до спростованих. Тобто вважається, що власність спільна доти, доки не буде доведено протилежне про її всю або частину. «Встановлення додаткових юридичних фактів може змінювати статус того чи іншого майна». Сама видова приналежність і правова природа обговорюваної презумпції передбачають наявність підстав для спростування та зміни правового статусу майна. Цими підставами виступають винятки для сумісного майна подружжя. Тобто те майно дружини чи чоловіка, що не є спільним, є приватним. Особиста приватна власність дружини та чоловіка встановлюється на підставі ст. 57 СК України. Власність вважається сумісною, якщо її роздільність (особиста приватна власність) прямо не встановлена законом або якщо вона не визнана самим подружжям чи судом особистою приватною власністю. Тобто остання має місце у трьох випадках: а) встановлена прямим приписом закону; б) визнана подружжям як така у договірному порядку (низкою договорів, найменш оспорюваний з яких – шлюбний); в) визнана судом як така у судовому порядку. Останній випадок якраз наразі дискусійний.

Із зазначеного вище слідує, що застосування презумпції до всього майна, набутого подружжям у шлюбі, є неможливим з урахуванням її правової природи та видової приналежності.

«Якщо є суперечності між нормами процесуального чи матеріального права, які підлягають застосуванню при розгляді та вирішенні справи, то рішення є законним, якщо судом застосовано відповідно до частини четвертої статті 8 ЦПК норми, що мають вищу юридичну силу»⁴. Постає питання, чи має презумпція спільної сумісної власності вищу юридичну силу, ніж норма про особисту приватну власність чи вони рівноправні і співвідносяться як загальне правило і виняток.

Оскільки загальновідомо, що норма права чи її частина – загальнообов'язкове правило (норма), спрямоване на врегулювання суспільних відносин шляхом надання їх учасникам прав, встановлення обов'язків та юридичної відповідальності, то ст. 60 СК України рівноправна зі ст. 57 СК України. Із доведеного вище презумпція у праві порівняно із загальною нормою права виступає лише гнучким інструментом регулювання правовідносин. Ряд характерних їй ознак не включає ознаку про вищу юридичну силу над іншими нормами права. Тобто презумпції у праві не мають вищої юридичної сили, ніж інші норми права, так як і презумпція спільної сумісної власності.

Однак суди приймають суперечливі рішення стосовно визнання майна, набутого в шлюбі, сумісною чи то приватною власністю одного з подружжя. Наприклад, у справі № 161/17237/19 від 25 червня 2020 р. суддя декларує: «Тягар доказування обставин, необхідних для виникнення права спільної сумісної власності подружжя на майно, що належало іншому з подружжя, покладається на того із подружжя, який заявляє такі вимоги».

«Серед всіх видів колізій найчастіше зустрічаються змістовні колізії, що виникають між нормами рівної юридичної сили внаслідок часткового збігу об'ємів правового регулювання і обумовлені специфікою регламентації суспільних відносин»⁵.

«Змістовні колізії – це колізії, що виникають внаслідок часткового збігу обсягів їх регулювання, обумовленого специфікою суспільних відносин. Специфіка цих колізій пов'язана з поділом норм права на загальні, спеціальні та виняткові. Загальні норми права, як відомо, поширюються на рід відносин у цілому; спеціальні діють тільки в межах визначеного виду відносин і встановлюють для нього певні особливості порівняно із загальним правилом; виняткові (які є особливим різновидом спеціальних норм права) встановлюють зовсім інший порядок, ніж загальні норми. Змістовні колізії випливають з цілей законодавця відбити особливості врегулювання специфічних відносин у спеціальних нормах. Іншими словами, об'єктивною причиною цієї колізії є, як правило, специфіка правового регулювання окремих відносин».

Ще з часів римського права відомо, що при конкуренції загальних і спеціальних (виняткових) норм необхідно керуватися принципом: спеціальний або винятковий закон скасовує дію загального. Застосування правила «*lex specialis derogat generalis*» у вирішенні питання приналежності майна дружині чи чоловіку не суперечить правовим принципам.

Оскільки і зміст структури ЦК України свідчить, що загальні норми містяться не лише у Книзі першій «Загальні положення», а й у наступних п'яти книгах, зміст структури СК України теж свідчить, що загальні норми містяться не лише у розділі «Загальні положення», а й у інших розділах. Так, положення ст. 60 СК України є загальною основоположною нормою про правовий режим майна подружжя в Україні. Звідси починається правова регламентація майнових прав та обов'язків подружжя. З урахуванням структури чинного СК України загальні норми сімейного права становлять загальні положення сімейного права, які поширюються на всі сімейні відносини, та норми, що становлять загальні положення окремих інститутів сімейного права, що поширюються на окремі види (підвиди) сімейних відносин.

Після цього потрібно зробити перевірку на можливість застосування правила «*lex specialis derogat generalis*». «Для вирішення колізії між загальною та спеціальною нормою ці норми треба сконструювати, з'ясувати, гіпотеза якої із них є вужчою, та зробити висновок про те, яка ж із цих правових норм підлягає переважному застосуванню. Конструювання правової норми необхідне також для того, щоб з'ясувати, чи можливе взагалі використання з метою вирішення колізії у відповідному конкретному випадку правила про переважне застосування спеціальної правової норми. Якщо після формулювання правової норми виявиться, що гіпотеза правової норми, яка перевіряється на предмет її відповідності ознакам спеціальної, виходить за межі гіпотези загальної правової норми, то правило про переважне застосування спеціальної правової норми застосовуватись не може»⁶.

Отже, беремо ст. 60 (як загальну) та ст. 57 (як спеціальну відносно попередньої) СК України для порівняння. При цьому враховуємо, що норма права означає санкціоноване правило поведінки, яке може являти собою всю статтю нормативного акта чи її частину.

Якщо «майно, набуте подружжям за час шлюбу» (гіпотеза), то воно «належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу)» (диспозиція) – ст. 60 СК України.

Якщо «майно, набуте нею, ним за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування; майно, набуте нею, ним за час шлюбу, але за кошти, які належали їй, йому особисто;» і т.д. (гіпотеза), то воно є «особистою приватною власністю дружини, чоловіка» (диспозиція) – ст. 57 СК України. У гіпотезу спеціальної правової норми входять всі наступні пункти ч. 1 ст. 57 СК України, які не виходять за межі гіпотези загальної правової норми ст. 60 СК України, окрім пункту першого. Це означає, що ст. 60 СК України відноситься як загальна правова норма до п. п. 2–5 ч. 1 ст. 57 СК України як спеціальних відносно неї.

«Якщо майно набуте нею, ним за час їхнього окремого проживання у зв'язку з фактичним припиненням шлюбних відносин» (гіпотеза, що покривається гіпотезою ст. 60 СК України), то таке майно «суд може визнати особистою приватною власністю дружини, чоловіка» (диспозиція) – ч. 6 ст. 57 СК України. Це означає, що ч. 6 ст. 57 СК України відноситься як спеціальна правова норма до загальної правової норми ст. 60 СК України, оскільки з логічного конструювання виходить, що фактичне припинення шлюбних відносин можливе лише у шлюбі, тобто майно набувається у шлюбі.

Всі інші частини (2–5, 7) ст. 57 СК України та п. 1 ч. 1 ст. 57 СК України (так як і ст. ст. 58, 59 СК України) не покриваються гіпотезою ст. 60 СК України та не відносяться до неї як спеціальна норма до загальної норми. Вони всі – рівноправні правові норми. Правило про переважне застосування спеціальної правової норми застосовуватись до їх співвідношення (між ними) не може. Відсутність колізії між цими нормами доводить чітку межу між сумісною та приватною особистою власністю подружжя.

Таким чином, встановлено, що, по-перше, презумпція спільної сумісної власності не має вищої юридичної сили над нормами про особисту приватну власність, по-друге, описана схема співвідношення правових норм про особисту приватну та сумісну власність чітко розмежує сферу дії ст. ст. 57, 58, 59 СК України.

Рішення низки судових справ по темі (№ 487/3037/16-ц від 3 липня 2020 р., № 127/10072/20 від 3 липня 2020 р. та ін.) обґрунтовані, правомірні та відповідають принципу верховенства права у всіх відношеннях.

Окремою категорією справ судової практики підтверджено гнучкість презумпції спільної сумісної власності у правовому регулюванні поділу майна подружжя. Наприклад, вона врегульовує спори про так зване упущене майно. Упущене майно фактично належить до особистої приватної власності, але у силу відсутнос-

ті документальних цьому підтвердженень опиняється у сумісній власності на підставі презумпції (наприклад, справа № 752/8414/17 від 2 липня 2020 р.).

Обґрунтованим визнається рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених доказами, або обставин, що не підлягають доказуванню. У справі № 711/842/20 від 2 липня 2020 р. від канцелярії суд отримав заяву відповідача про відкладення розгляду справи (про визнання майна об'єктом спільної сумісної власності подружжя) після закінчення судового засідання. Знову спрацювала презумпція сумісної власності при вирішенні спору за уникнення розгляду доказів про належність майна до особистої приватної власності.

У справі № 166/273/20 від 25 червня 2020 р. про поділ майна подружжя відповідач під час шлюбу набув земельну ділянку з кадастровим номером у власність, що є особистою приватною власністю відповідно до п. 5 ст. 57 СК України, яка у справі поділена згідно зі ст. 60 СК України порівну між подружжям.

Висновки. Таким чином, встановлено, що, по-перше, презумпція спільної сумісної власності не має вищої юридичної сили над нормами про особисту приватну власність, по-друге, описана схема співвідношення правових норм про особисту приватну та сумісну власність чітко розмежує сферу дії ст. 60 стосовно ст. ст. 57, 58, 59 СК України.

Використання презумпції спільної сумісної власності подружжя у судовій практиці та при врегулюванні майнових сімейних відносин потребує однозначного наукового підходу, а ще результативніше – тлумачення, роз'яснення пленуму ВСУ та більш удосконаленої регламентації. Також доречно розробити дієвий зразок договору про поділ майна подружжя або іншу неоспорювану альтернативу шлюбному договору для договірної врегулювання майнових прав та обов'язків подружжя.

¹ Юридична енциклопедія: в 6 т. / ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голов. ред. кол.) та ін. Київ: Вид-во «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 1998–2004. Т. 5: П–С. 2003. С. 71.

² Явор О.А. Юридичне значення презумпцій у сімейному праві. *Закарпатські правові читання / Секція цивільне право та процес, сімейне право та господарське право.* Т. 1. С. 283, 285, 282.

³ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник. Харків: Консум. 2001. URL: <http://politics.ellib.org.ua/pages-1690.html>

⁴ Про прийняття рішення у цивільній справі: постанова Пленуму Верховного Суду України № 14 від 18.12.2009 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09>

⁵ Москалюк О.В. Особливості застосування принципів права при подоланні змістовних колізій. *Бюлетень Міністерства юстиції України.* 2012. № 2. С. 37–42. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2012_2_6

⁶ Koval V.M. General and special rules of economic law. Scientific notes of Tavriyskii National University. V.I. Vernadsky: Series "Legal Sciences". Volume 24 (61). 2011. № 1. P. 8.

Резюме

Мельниченко О.В. Спільна сумісна власність подружжя: суперечлива судова практика.

У статті досліджено конструювання, природу, співвідношення загальних та спеціальних правових норм про приватну особисту власність дружини і чоловіка та спільну сумісну власність подружжя. Основна увага звертається на проблему застосування презумпції спільної сумісної власності до всього набутого у шлюбі майна, окрім речей індивідуального користування. Запропоновано на основі тлумачення спільної сумісної власності подружжя розробити дієвий зразок договору про поділ майна подружжя або іншу неоспорювану альтернативу шлюбному договору для договірної врегулювання майнових прав та обов'язків подружжя.

Ключові слова: презумпція, спільна сумісна власність, подружжя, особиста приватна власність, договір.

Резюме

Мельниченко О.В. Общая совместная собственность супругов: противоречивая судебная практика.

В статье исследованы конструирование, природа, соотношение общих и специальных правовых норм о частной личной собственности жены и мужа и общая совместная собственность супругов. Основное внимание обращено на проблему применения презумпции общей совместной собственности ко всему приобретенному в браке имуществу, кроме вещей индивидуального пользования. Предложено на основе толкования общей совместной собственности супругов разработать действенный образец договора о разделе имущества супругов или иную неоспариваемую альтернативу брачному договору для договорного урегулирования имущественных прав и обязанностей супругов.

Ключевые слова: презумпция, общая совместная собственность, супруги, личная частная собственность, договор.

Summary

Oksana Melnychenko. Community property of spouses: controversial judicial practice.

At a time when there is a dispute about the existence of irrefutable presumptions, it is absent regarding refutable presumptions. The presumption of community property of spouses is rebuttable. It is considered that the property is common until otherwise about all or a part of it is proved. Specific affiliation and legal nature of the discussed presumption itself presupposes the existence of grounds for refutation and change of the legal status of property. These grounds are exceptions for joint property of spouses. That is, the property of a wife or husband that is not joint is private. Personal private property of a wife and husband is established on the basis of the Article 57 of the Family Code of Ukraine. Property is considered joint if its separation (personal private property) is not directly established by law or if it is not recognized by the spouses or a court as personal private property. That is, the latest takes place in three cases: a) established by a direct prescription of law; b) recognized by spouses as such in a contractual manner (a number of contracts, the least contested of which – marriage agreement); c) recognized by a court as such during judicial procedure. The latter case is currently controversial.

Since it is well known that a rule of law or a part of it is a universally binding rule (norm) aimed at regulating public relations by granting their participants rights, establishing obligations and legal liability, the Article 60 of the Family Code of Ukraine is equal to the Article 57 of this Code of Ukraine. From the above mentioned, the presumption in law in comparison with the general rule of law is only a flexible tool for regulating legal relations.

A number of its characteristic features do not include a sign of higher legal force over other rules of law. That is, presumptions in law do not have a higher legal force than other rules of law as well as the presumption of community property.

However, courts make contradictory decisions regarding the recognition of property acquired in marriage as joint or private property of one of spouses.

The burden of proving the circumstances necessary for the emergence of the right of community property of spouses on the property belonging to the other spouse rests with the spouse who claims such demands.

Thus, the use of the presumption of community property of spouses in judicial practice and in the settlement of property family relations requires an unambiguous scientific approach, and even more effectively – a judicial interpretation and better regulation. It is also appropriate to develop an effective model of the agreement on the division of property of spouses or another undisputed alternative to the marriage agreement for the contractual settlement of property rights and obligations of spouses.

Key words: presumption, community property, spouses, personal private property, agreement.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.31

УДК 342.9

С.Я. РАБОВСЬКА

*Світлана Янівна Рабовська, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-6147-5251

КОНСУЛЬТАТИВНА РОБОТА АДВОКАТА У ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ НА ПРИКЛАДІ ПРОВАДЖЕННЯ ПРО ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ СУДУ ЩОДО ПЕНСІЙНИХ ВИПЛАТ

Постановка проблеми. У пілотному рішенні «Юрій Миколайович Іванов проти України» Європейський суд з прав людини нагадав про недопустимість ілюзорності права на суд. Йшлося про закінчення виконавчого провадження у зв'язку з неможливістю боржником (державним органом) виконати свої зобов'язання за рішенням суду через відсутність коштів на ці цілі.

У цій справі було постановлено, що виявлені порушення є наслідком несумісної з положеннями Конвенції практики, яка полягає в систематичному невиконанні державою-відповідачем рішень національних судів, за виконання яких вона несе відповідальність і у зв'язку з якими сторони, права яких порушені, не мають ефективних засобів юридичного захисту.

За сучасною ж практикою в разі невиконання боржником рішення, яке не може бути виконано без участі боржника, виконавець надсилає до органу досудового розслідування повідомлення про вчинення боржником кримінального правопорушення та виносить постанову про закінчення виконавчого провадження, як того вимагають положення частини третьої ст. 63 Закону України «Про виконавче провадження».

У Єдиному державному реєстрі судових рішень знаходиться безліч судових справ, у яких рішення ухвалюються на користь стягувача, та шляхом скасування постанов про закінчення виконавчих проваджень розгляд спору повертається на завершальну стадію судового провадження.

Головною проблемою таких правовідносин є довготривалість процедури отримання коштів за судовим рішенням та безрезультатність позитивних (на перший погляд) судових рішень для стягувача, що й становить зміст неефективності юридичного захисту.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню консультативної роботи адвоката присвячено безліч наукових досліджень. В аспектах виокремлення етапів та визначення місця консультативної роботи у діяльності адвоката проводили свої дослідження С.Я. Фурса, Л.А. Воскобітова, Я.П. Зейкан, О.Д. Святоцький, Д.П. Фіолевський, О.В. Бишевець та інші науковці. Натомість тема консультативної роботи адвоката в умовах специфічних правовідносин на стадії виконавчого провадження, на наш погляд, потребує окремого дослідження.

Метою статті є пошук оптимізації консультативної роботи адвоката саме у подібних категоріях справ, коли успішний результат судового процесу жодним чином не покращує становища клієнта.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 129¹ Конституції України держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному законом порядку.

Відповідно до ч. 2 ст. 14 Кодексу адміністративного судочинства України судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самовря-

© С.Я. Рабовська, 2020

* *Svitlana Rabovska, Ph.D. in Law, Associate professor, Associate professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

дування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України².

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»³ видом адвокатської діяльності є, в тому числі, надання консультацій.

Оскільки, на нашу думку, консультативна робота є ширшим поняттям, ніж консультування та консультації, що є її складовими, то від правильного визначення завдань буде залежати як можливість вибору клієнта із запропонованих варіантів розвитку подій найвигіднішого, так і можливість державних органів, що лімітовані бюджетними асигнуваннями, вчинити всі можливі дії для виконання судового рішення.

Законодавство не виокремлює складових консультативної роботи, підходи науковців щодо її етапів є різноманітними.

Класичними етапами консультативної роботи прийнято вважати:

- інтерв'ю;
- аналіз зібраної інформації;
- вироблення правової позиції у справі;
- надання, власне, консультації клієнту.

При цьому певна частина науковців пропонує включати до стадії вироблення правової позиції такий тактичний прийом, як прогнозування. Дехто із науковців пропонує включати до елементів консультативної роботи поняття превентивної тактики⁴.

На наш погляд, у певних ситуаціях прогнозування результату за ступенем важливості для самого результату можливо розглядати як самостійний етап консультативної роботи, що передуює виробленню правової позиції.

Адже розглядаючи відповідність права особи, яка звернулася за порадою, крізь призму чинного законодавства, адвокат повинен не лише роз'яснити їй норми матеріального права, під які підпадають ті обставини, про наявність яких клієнт розповів адвокату, а й попередити про можливість їх захисту як у судовому, так і в позасудовому порядку⁵.

З цією метою розглянемо практичну складову консультативної роботи на прикладі однієї справи за методом правового моделювання.

Йдеться про діяльність адвоката в ході супроводу участі клієнта у одному епізоді виконавчого провадження.

У модельній справі стягувач ініціює виконавче провадження (боржник – пенсійний орган) про нарахування та виплату пенсії, яке спрогнозовано закінчується постановою державного виконавця через невиконання боржником рішення, що не може бути виконано без участі боржника. Клієнт залучає до участі адвоката на стадії отримання виконавчого листа за рішенням суду у вигляді надання консультаційних послуг з питань строку пред'явлення виконавчого листа до виконання та конкретного органу, до якого слід подавати виконавчий документ.

Проблематика такої виконавчої справи зумовлена відсутністю коштів у пенсійного органу для виконання рішення суду та обізнаності адвоката з результатом її вирішення.

При цьому ст. 63 Закону України «Про виконавче провадження» передбачено вичерпний перелік дій виконавця, спрямованих на належне виконання рішення суду.

Так, за положеннями вказаної норми у разі невиконання без поважних причин боржником рішення виконавець вносить постанову про накладення на боржника штрафу, в якій також зазначаються вимога виконати рішення протягом 10 робочих днів та попередження про кримінальну відповідальність.

У разі невиконання боржником рішення, яке не може бути виконано без участі боржника, виконавець надсилає до органу досудового розслідування повідомлення про вчинення боржником кримінального правопорушення та вносить постанову про закінчення виконавчого провадження.

Крім того, ч. 2 ст. 75 Закону дозволяє в разі повторного невиконання рішення боржником без поважних причин накласти на боржника штраф у подвійному розмірі та вже після цього звернутися до органів досудового розслідування з повідомленням про вчинення кримінального правопорушення⁶.

На практиці такі штрафи накладаються на керівників державних органів, які є посадовими особами, уповноваженими на розпорядження бюджетними коштами в межах бюджетних призначень.

Цілком очевидним є те, що, незважаючи на персональну відповідальність, керівники державних органів позбавлені можливості спрямовувати кошти на видатки поза бюджетними призначеннями.

Відтак, проблематика позитивного результату вирішення справи обтяжена станом виконання рішень судів в Україні через фінансування держави на ці цілі, та в переважній більшості не залежить від добросовісності певних посадових осіб.

Водночас згідно з п. 52 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України» відсутність у заявника можливості домогтися виконання судового рішення, винесеного на його користь, становить втручання у право на мирне володіння майном, як це передбачено п. 1 ст. 1 Першого протоколу⁷.

Таким чином, незадовільний стан виконавчих проваджень, у яких боржником виступає держава Україна в особі своїх органів та порушення у зв'язку з цим положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також ілюзорність права на судовий захист для адвоката не є новелою у його роботі.

У ст. 37 § 1 (с) Конвенції визначено, що суд може на будь-якій стадії провадження у справі прийняти рішення про вилучення заяви з реєстру, якщо обставини дають підстави дійти висновку, що на будь-якій іншій підставі, встановленій Судом, подальший розгляд заяви не є виправданим⁸.

Відповідно до ч. ч. 1, 2 ст. 13 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» заходи загального характеру вживаються з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене Рішенням, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді.

Заходами загального характеру є заходи, спрямовані на усунення зазначеної в Рішенні системної проблеми та її першопричини, зокрема:

- а) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування;
- б) внесення змін до адміністративної практики;
- в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів;

г) забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, працівників імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також з триманням людей в умовах позбавлення свободи;

д) інші заходи, які визначаються – за умови нагляду з боку Комітету міністрів Ради Європи – державою-відповідачем відповідно до Рішення з метою забезпечення усунення недоліків системного характеру, припинення спричинених цими недоліками порушень Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень⁹.

Як бачимо, існування пілотного рішення у даній категорії справ носить констатуючий прогноз та жодним чином не сприятиме задоволенню потреб клієнта.

З огляду на це, консультативна робота у змодельованій справі не може мати мети домогтися позитивного рішення шляхом подання заяви до Європейського суду з прав людини, а повинна домогтися виконання рішення суду на національному рівні як кінцевій стадії вирішення проблеми.

Тому у статті пропонується введення такого поняття в консультативну роботу адвоката, як «превентивне консультування». Залежно від професійності адвоката у вказаному питанні це поняття може як передувати етапу матеріально-правової та процесуально-правової кваліфікації обставин справи, так і займати місце наступного етапу.

Вказаний етап нерозривно пов'язаний з етапом прогнозування та є його невідворотним наслідком.

Оскільки змодельована в даній статті справа визначає досить короткий вид консультативної роботи, нами моделюється ситуація, коли клієнту за результатами превентивної консультації пропонується консультативний супровід всього виконавчого провадження (нагадаємо, що клієнт звернувся виключно з питання пред'явлення виконавчого листа до виконання).

За звичайних умов адвокат проводить опитування, встановлює на підставі поданих документів орган, до якого слід звернутися з заявою, та строки пред'явлення виконавчого листа до виконання. Можемо також констатувати, що етап вироблення правової позиції у цій справі є очевидно зайвим.

Однак, оскільки модельна ситуація ускладнена негативною динамікою результатів завершення виконавчого провадження у даній категорії справ для стягувача, адвокат не позбавлений можливості попередити клієнта про негативні наслідки поза межами предмету консультування. Це й становить зміст превентивного консультування як факультативного етапу консультативної роботи для окремої ситуації, створеного на заміну етапу вироблення правової позиції.

Предметно така консультативна робота не буде являти собою різні види консультативних послуг, оскільки вона спрямована на досягнення єдиного результату – виконання рішення суду. У даному випадку матиме місце повторність консультувань, що, як ми уже зазначали, є складовими консультативної роботи.

Таким чином, для професійного адвоката ми пропонуємо після традиційного етапу у консультативній роботі – аналізу зібраної інформації, розпочати етапи прогнозування та превентивного консультування.

Адвокат повинен запропонувати клієнту консультативний супровід виконавчого провадження, попередивши про негативні наслідки після його закінчення без виконання та тенденцію до таких наслідків у подібних правовідносинах.

При цьому нами розрізняється консультативний та правовий супроводи як за критерієм участі адвоката у безпосередніх відносинах з державною виконавчою службою, так і за самостійністю прийняття рішень клієнтом та економією коштів клієнта у випадку обмеження консультативним супроводом.

На виході матимемо консенсус між бажанням клієнта самостійно звернутися до органів примусового виконання рішень та забезпеченням адвокатом захисту його інтересів від багаторічного затягування вирішення проблеми вже на етапі превентивної консультації.

В свою чергу, в умовах відсутності у змодельованій справі повного супроводу, адвокатам пропонується запровадити певну частину обов'язків і для клієнта.

Так, контроль за виконавчими діями, дотриманням строків їх проведення покладається на клієнта. Від адвоката потрібно лише складення програми дій державного виконавця із зазначенням строків для їх вчинення. Зокрема пропонується виготовлення так званої пам'ятки клієнта із зазначенням наступних виконавчих дій:

1. Винесення постанови про відкриття виконавчого провадження – не пізніше наступного робочого дня з дня надходження виконавчого документа.

2. Надсилання копії постанови боржнику – не пізніше наступного робочого дня з дня її винесення.

3. Перевірка виконання рішення боржником після спливу 10 робочих днів після отримання (винесення) постанови про відкриття виконавчого провадження – не пізніше наступного робочого дня після закінчення десятиденного строку.

4. Винесення державним виконавцем постанови про накладення на боржника штрафу та попередження про кримінальну відповідальність – не пізніше наступного робочого дня після закінчення десятиденного строку.

5. Повторна перевірка виконання рішення боржником після спливу 10 робочих днів після отримання (винесення) постанови про накладення штрафу – не пізніше наступного робочого дня після закінчення десятиденного строку.

6. У разі невиконання боржником рішення, яке не може бути виконано без участі боржника, накладення на боржника штрафу у подвійному розмірі, надсилання виконавцем до органу досудового розслідування повідомлення про вчинення боржником кримінального правопорушення та винесення постанови про закінчення виконавчого провадження – не пізніше наступного робочого дня після закінчення десятиденного строку.

Таким чином, клієнт здатен самостійно контролювати дотримання вказаної процедури та вимагати від державного виконавця своєчасності вчинення дій.

Визначальним для даного спору є примус боржника до виконання лише частини рішення: здійснення перерахунку (нарахування) пенсійних виплат, що відповідно до відомостей Єдиного державного реєстру судових рішень не становить проблематики у цій категорії справ¹⁰.

Отже, за умови ідеальної підготовки клієнта до самостійної роботи в межах превентивного консультування в якості підготовчої роботи до вирішення безпосередньої проблеми, як бачимо, бажаного результату з урахуванням законодавчо встановлених строків можливо досягти вже протягом місяця.

На практиці виконавче провадження може тривати роками. Відтак, перевага консультативної діяльності у виконавчому процесі над представництвом у судовому процесі з оскарження виконавчих дій у послідуєчому є очевидною.

При цьому можемо відстежити певний збій у етапуванні консультативної роботи. Зокрема, за класичною схемою надання консультації клієнту передує вироблення правової позиції у справі.

Натомість, завдяки переконанню клієнта на початку консультативної роботи у необхідності консультативного супроводу поза межами предмета звернення, можемо розглядати спрощену конструкцію етапів консультативної діяльності в якості елемента підготовчих робіт до вирішення безпосереднього конфлікту.

Практичне значення запропонованого варіанта полягає не тільки у пришвидшенні розгляду справи, а й у звуженні для адвоката варіантів розвитку подій, які він повинен презентувати клієнту. Це має безпосередній вплив на якість наданих послуг.

Таким чином, перше коло консультативної роботи за спрощеним варіантом завершується виконанням рішення суду з нарахування пенсійних виплат у місячний термін після звернення клієнта до адвоката без його фактичної участі в ході виконавчого провадження.

Успішний результат превентивного консультування забезпечить адвокату заінтересованість у його подальших послугах з боку клієнта та повторне звернення після часткового виконання рішення суду про перерахунок коштів.

На другому колі консультативної діяльності має місце застосування всіх її етапів.

Адвокат отримує та вивчає документи, що підтверджують нарахування клієнту пенсійних виплат, аналізує судову практику з цього питання та пропонує клієнту два можливі шляхи вирішення конфлікту: 1) судове провадження з метою відновлення виконавчого провадження; 2) підготовка пакета документів та подання до Комісії з питань погашення заборгованості з пенсійних виплат за рішеннями суду Пенсійного фонду України за процедурою, визначеною Порядком погашення заборгованості з пенсійних виплат за рішеннями суду¹¹.

Також адвокатом здійснюється аналіз переваг та недоліків запропонованих варіантів. У обох випадках клієнт попереджається про можливість отримання компенсації втрати частини доходів як єдиного варіанта запобігання інфляційних втрат у зв'язку з довготривалим процесом виконання державою взятих на себе зобов'язань в Україні.

Висновки. Запропонований механізм консультативної роботи адвоката у виконавчому процесі на прикладі однієї справи в умовах невиконання державою взятих на себе зобов'язань дасть змогу відійти від класичної моделі етапів цієї роботи задля досягнення максимально ефективного результату у максимально короткі строки. Приклад модельної справи було обрано не випадково. На міжнародній арені Україна має вкрай негативний статус держави, що не виконує судові рішення за зобов'язаннями самої держави у відносинах гарантованого Конституцією України соціального захисту своїх громадян.

Практика виконання судових рішень у подібних справах свідчить про бажання стягувачів будувати відносини з органами примусового виконання рішень без посередницьких послуг адвокатів, що має наслідком багаторічну процедурну тяганину та невиконання судових рішень.

Така самостійність зумовлена не в останню чергу довірою громадян до конституційних гарантій виконання державою своїх зобов'язань та соціального захисту вразливих верств населення.

Крім того, ця категорія стягувачів саме через матеріальну вразливість не вбачає гострої необхідності у витрачання коштів на послуги адвокатів.

Тому може скластися ситуація, коли, з одного боку, нав'язування адвокатом правового супроводу за першим зверненням клієнта в результаті вироблення правової позиції у справі може спровокувати відмову від отримання послуг адвоката, а з іншого, – обмеження адвокатом консультування виключно предметом звернення значно ускладнить роботу адвоката при повторному зверненні клієнта у випадку необхідності оскарження рішення про закінчення виконавчого провадження з примусового виконання рішення, яке неможливо виконати без участі боржника.

Саме з метою уникнення таких ситуацій нами запропоновано використання у консультативній роботі адвоката превентивного консультування як проміжного етапу у консультативній діяльності між прогнозуванням та повторним інтерв'юванням в ході циклічної консультативної роботи.

Процедура спонукання державних органів до своєчасності вчинення дій, що не потребують фінансування, може тривати як до одного місяця, так і до кількох років.

Від термінів вчинення цих дій залежить і швидкість зарахування вимог клієнта до черги на отримання заборгованості (кінцевий результат), і розмір витрат держави на компенсацію стягувачу втраченої частини доходів, і імідж держави на міжнародній арені.

Таким чином, самоврядний інститут адвокатури консолідовано з державою сприятиме усуненню системної проблеми невиконання судових рішень, боржниками у яких є державні органи, що потерпають від дефіциту бюджетних призначень.

А дотримання принципів компетентності та добросовісності адвокатів у таких справах означатиме пошук найкоротших шляхів вирішення проблеми, що одночасно мають бути найефективнішими серед можливих юридичних засобів захисту клієнтів.

¹ Конституція України від 28.06.1996 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

² Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>

³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>

⁴ Бишевец О.В. Тактичні прийоми у професійній діяльності адвоката. *Вісник Академії адвокатури*. 2008. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaau_2008_1_21

⁵ Консультативна робота адвоката. *Адвокатура України*. К.: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2008. Кн. 1.

⁶ Про виконавче провадження: Закон України від 2.06.2016 р. № 1404-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1404-19>

⁷ Європейський суд з прав людини. Справа «Юрій Миколайович Іванов проти України» від 15.10.2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_479

⁸ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004

⁹ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

¹⁰ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Page/1>

¹¹ Питання погашення заборгованості з пенсійних виплат за рішеннями суду: постанова Кабінету Міністрів України від 22.08.2018 р. № 649. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/649-2018-%D0%BF>

Резюме

Рабовська С.Я. Консультативна робота адвоката у виконавчому процесі на прикладі провадження про виконання рішення суду щодо пенсійних виплат.

У статті аналізується стадійність консультативної роботи адвоката та варіанти її динаміки на прикладі одного кейсу. Для роботи обрано категорію справи, що має суттєве значення для іміджу України на міжнародному рівні. Запропоновано поняття «превентивного консультування» та певний відступ від класичної моделі стадійності консультативної роботи адвоката.

Ключові слова: консультативна робота, превентивне консультування, прогнозування, адвокат, виконавче провадження.

Резюме

Рабовская С.Я. Консультативная работа адвоката в исполнительном процессе на примере производства об исполнении решения суда в отношении пенсионных выплат.

В статье анализируется стадийность консультативной работы адвоката и варианты ее динамики на примере одного кейса. Для работы выбрано категорию дела, которая имеет существенное значение для имиджа Украины на международном уровне. Предложено понятие «превентивного консультирования» и определенное отступление от классической модели стадийности консультативной работы адвоката.

Ключевые слова: консультативная работа, превентивное консультирование, прогнозирование, адвокат, исполнительное производство.

Summary

Svitlana Rabovska. Advisory working of attorney in the enforcement process on the example of case about execution of a judgement's decision regarding pension payments.

In the Article the author scrutinizes stages of an attorney advisory work and variety of its dynamic base on one case. The case that has been chosen is related to state's guarantees to enforce courts judgments for retirees, the most vulnerable social group. The study

is complicated with participation of government authority in enforcement process. The authority means authorized spender of public (budget) finance that are not enough allocated by budget program in order to ensure court judgements. It is also obvious that the study is complicated with participation of elderly people in the enforcement process. So, the study has been done with use of tactical approach in a form of estimation in order to obtain quickest result. For that reason, the classical model of advisory work has been extended.

Taking model case as an example, the author of the article described for the beginning the most probable result that will be in favor of vindicator.

The search of such a result has been done by analysis of huge amount of judicial practice and use of data of Unified State Database of Courts Judgments.

When the author studied the practical part of the study, she found out that most enforcement cases end up with orders of enforcement authority on termination of the enforcement procedure because of impossibility of the enforcement without participation of obligator.

At the same time, the client itself, usually does not predicts such negative consequences and calls for attorney in order to run an actual writ of execution in a ordinary manner.

Authorized action of an enforcement officer and analysis of effectiveness of the actions are described in the article.

The author also analyses the Judgement of European Court of Human Rights in the Case of Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine and its meaning for Ukraine. Following the analysis, the author recommends including the concept of “preventive consulting” to advisory work as an optional stage.

The author of the study also considers possibility of so-called “partial legal support”.

The result of this study is the opinion about preferability of advisory work of an attorney in law-enforcement process over representation in a court.

The author suggest repetition (noncompleted cyclicity) of advisory work because of specificity of the model case where two actions of an obligator are taken place, calculation and transferring of money.

An attorney’s advice to client to initiate a court case to get satisfaction for depreciation of assets stills actual results of advisory work. The depreciation in such cases caused by calculation of pension payments in the process of the delay of enforcement of court judgement.

Key words: advisory work, preventive consulting, prediction, attorney, enforcement process.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.32

УДК 347.91

С.В. СЕНИК

*Світлана Василівна Сеник, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0003-1150-3124

ВИКОНАВЧІСТЬ ЯК ОЗНАКА ЗАКОННОЇ СИЛИ СУДОВИХ АКТИВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ У КОНТЕКСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 6 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД (НА МАТЕРІАЛАХ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ)

Постановка проблеми. Судові рішення є актами реалізації судової влади, оскільки судова діяльність з розгляду та вирішення цивільної справи, як правозастосовна, супроводжується прийняттям судових актів, що на сьогодні відповідно до Цивільного процесуального кодексу України мають узагальнюючу назву «судові рішення». У цивільному судочинстві рішення суду – це акт, яким владно підтверджується наявність або відсутність певного правовідношення, його конкретний зміст, а тому рішення суду з моменту набрання ним законної сили підлягає обов’язковому виконанню, а у випадках, передбачених законом, – негайному виконанню. Таким чином, виконавчість є важливою ознакою (властивістю) законної сили рішення суду. Вона означає, зокрема, й можливість примусового виконання судового акта. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово вказував, що виконання судових рішень розглядається як обов’язкова, невід’ємна частина судового розгляду в розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Виконання судового акта є невід’ємним та обов’язковим елементом права на справедливий суд. Разом із тим у процесуальній доктрині та правниками-практиками доволі часто наголошується, що, незважаючи на низку законодавчих змін щодо процедури виконання та запровадження нових інститутів в рамках виконавчого провадження, виконання судових актів усе ще залишається проблемним етапом судового провадження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У національній правовій доктрині учені та практики неодноразово звертались до дослідження питань законної сили судових актів в ракурсі проблеми їх примусового

© С.В. Сеник, 2020

* *Svitlana Senyk, Ph.D. in Law, Associate Professor of Ivan Franko National University of Lviv*

виконання. У даному контексті праці дослідників були присвячені як дослідженню загальної теорії щодо ефективності правового регулювання та юридичного захисту (приміром, Л.А. Луць¹, П.М. Рабінович²), так і галузевих аспектів проблем правового регулювання та практики застосування законодавчих положень у сфері виконання судових актів (приміром, С.Я. Фурса, С.В. Щербак³, М.Б. Майка⁴, В.В. Остапенко⁵).

Формулювання мети статті. Метою статті є з'ясування сутності виконавчості судових актів як ознаки їх законної сили у контексті застосування ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (на матеріалах практики Європейського суду з прав людини).

Виклад основного матеріалу дослідження. Згідно зі ст. 129¹ Конституції України судові рішення є обов'язковим до виконання. Держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному законом порядку. Контроль за виконанням судового рішення здійснює суд.

У Рекомендації Res (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання від 9 вересня 2003 р. вказується, що «примусове виконання судового рішення є невід'ємною частиною основоположного права людини на справедливий судовий розгляд упродовж розумного часу, закріпленого в статті 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод... примусове виконання» означає введення в дію судових рішень, а також інших виконавчих документів – як судових, так і несудових відповідно до закону, що зобов'язує відповідача діяти, утриматися від дії або сплатити присуджене⁶.

Відповідно до ч. 1 ст. 18 ЦПК України судові рішення, що набрали законної сили, обов'язкові для всіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, – і за її межами.

У ч. 2 ст. 18 ЦПК України передбачено, що невиконання судового рішення є підставою для відповідальності, встановленої законом. Приміром, згідно з п. 4 ч. 1 ст. 148 ЦПК України суд може постановити ухвалу про стягнення в дохід державного бюджету з відповідної особи штрафу у сумі до від 0,3 до трьох розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб у випадку невиконання ухвали про забезпечення позову або доказів. Відповідно до ч. 2 ст. 148 ЦПК України у випадку триваючого невиконання ухвали про забезпечення позову або доказів суд з урахуванням конкретних обставин стягує в дохід державного бюджету з відповідного учасника судового процесу або відповідної іншої особи штраф у сумі від одного до десяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Згідно з українським законодавством невиконання судового рішення є злочином. Так, відповідно до ст. 382 КК України умисне невиконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкоджання їх виконанню карається штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до трьох років. Ті самі дії, вчинені службовою особою, караються штрафом від семисот п'ятдесяти до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, або якщо вони заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам і свободам громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб, караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини, рішення Конституційного Суду України та умисне недодержання нею висновку Конституційного Суду України карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Практика Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд) свідчить, що виконання судових рішень розглядається Європейським Судом як обов'язкова, невід'ємна частина судового розгляду в розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Європейський суд неодноразово наголошував у своїх рішеннях, що це право стало б ілюзорним у випадку, якщо б правова система держави допускала, щоб остаточний, обов'язковий судовий акт залишався невиконаним. Так, у рішенні у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України» від 15 жовтня 2009 р. Європейський суд наголошує, що право на суд, захищене ст. 6 Конвенції, було б ілюзорним, якби національна правова система Високої Договірної Сторони дозволяла, щоб остаточне, обов'язкове для виконання судові рішення залишалося невиконаним на шкоду будь-якій зі сторін (п. 51). Так, Європейський суд констатував, що «більше, ніж половина рішень, ухвалених Європейським судом з прав людини у справах проти України, стосуються питання тривалого невиконання остаточних судових рішень, відповідальність за які несуть органи влади України. Ця проблема постійно нагадує про себе, породжуючи порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, які найчастіше виявляє Суд у справах проти України»⁷.

Як уже зазначалось, Європейський суд, враховуючи зміст ст. 6 Конвенції, виходить з розуміння права на виконання судових актів як невід'ємного елементу «права на суд». Основні підходи до даного питання були сформульовані в рішенні у справі «Di-Pede v. Italy» від 26 вересня 1996 р., коли Європейський суд прямо зазначив, що виконавче провадження повинно розглядатись як другий етап судового розгляду (п. 24). У цьому рішенні Європейський суд наголошує, що він не втручається в теоретичну дискусію (що ведеться в італійській доктрині) щодо того, чи є виконавче провадження самостійним процесом чи частиною судочин-

ства. За змістом позицій Європейського суду для нього важливим є те, чи було реалізовано право заявника, встановлене судовим рішенням, і тим самим яким був реальний, практичний результат судового процесу (п. 22). Таке ж положення міститься і в рішенні Європейського суду у справі «Hornsby v. Greece» від 19 березня 1997 р. (п. п. 40, 41)⁸ та у справі «Михайленки та інші проти України» від 6 червня 2005 р. (п. 51)⁹.

Крім цього, Європейський суд у рішенні у справі «Шаренок проти України» від 22 лютого 2005 р. повторно наголосив, що «п. 1 ст. 6 Конвенції закріплює за кожним право звертатись в суд у випадку будь-якого спору про його цивільні права та обов'язки; таким чином, вона включає в себе «право на суд», одним із аспектів якого є право на доступ до правосуддя, що є правом порушувати позовне провадження в судах з питань цивільно-правового характеру». Проте таке право було би ілюзорним, якщо б правова система держави-учасниці Європейської Конвенції допускала, щоб судові рішення, яке набрало законної сили і обов'язкове до виконання, залишалось невиконаним на шкоду однієї із сторін. Важко уявити, щоб п. 1 ст. 6 детально описував процедурні гарантії, які надано сторонам, – справедливість, відкритість і оперативність провадження, – і не передбачав би гарантій виконання судових рішень. Тлумачення ст. 6 як положення, що лише гарантує право на звернення до суду та проведення судового розгляду, могло б призвести до ситуації, несумісної з принципом верховенства права, який Високі Договірні Сторони зобов'язалися поважати, ратифікуючи Конвенцію. Отже, виконання судового рішення має розглядатися як невід'ємна частина «судового процесу» для цілей ст. 6 Конвенції (п. 25)¹⁰.

У правовій доктрині України неодноразово наголошувалося на необхідності дотримання державою свого обов'язку щодо гарантій здійснення заінтересованим суб'єктом права на своєчасне примусове виконання судових актів.

Так, Я.М. Романюк наголошує, що «невиконання судових рішень негативно впливає на авторитет судової влади, оскільки в цьому разі не досягається кінцева мета правосуддя – захист інтересів громадян і реальне поновлення їхніх порушених прав»¹¹.

В.А. Кройтор справедливо вказує, що «як зазначається в ч. 5 розділу II Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, судовий захист, як і діяльність суду, не може вважатися дієвим, якщо судові рішення не виконуються або виконуються неналежним чином і без контролю суду за їх виконанням. Про це зазначається й у Рішеннях Європейського суду з справ людини. Так, у справах «Хорнсбі проти Греції» від 19.03.1997 р., «Бурдов проти Росії» від 07.05.2002 р., «Ромашов проти України» від 27.07.2004 р., «Шаренок проти України» від 22.02.2004 р. та ін. зазначається, що право на судовий захист було б ілюзорним, якби правова система держави дозволяла, щоб остаточне зобов'язувальне рішення залишалось бездієвим на шкоду одній зі сторін»¹².

На думку В.С. Смородинського, «згідно з принципом правової певності громадянин, звертаючись до суду, повинен бути заздалегідь упевнений як в справедливості судового розгляду, так і у виконанні судового рішення. Невиконання рішень суду суперечить владній природі судової системи, дестабілізує її, знижує рівень довіри громадян до судових органів»¹³.

Проте чомусь традиційно так склалося, що проблему невиконання судового акта ставлять у вину саме судовим органам. Але слід погодитись із В. Кузьмишиним, що «важливо зрозуміти, що корінь цієї проблеми полягає в тому, що для особи, насправді, має значення лише кінцевий результат, тобто мета, задля якої особа взагалі звернулася до суду. Реалізація ж такої мети, на жаль, не залежить виключно від суду та не закінчується на етапі прийняття ним рішення, оскільки надалі людину чекає виснажливий та не завжди позитивний етап його виконання. Тому потрібно вдосконалювати не стільки судову владу, скільки шукати шляхи вирішення проблеми поваги до суду й судових рішень та їх виконання»¹⁴.

Виходячи із законодавчих положень українського законодавства, суд не наділений повноваженнями щодо вчинення дій, спрямованих на примусове виконання судових актів, ухвалених в цивільному судочинстві. Суд, у випадках передбачених знову ж таки законодавчими актами, лише здійснює контроль за виконанням судового акта. Безумовно, що судовий контроль за виконанням судового акта є вагомим важелем впливу на суб'єктів, які його не виконують. Проте ті повноваження, що визначені для судового контролю за виконанням судових актів, є малодієвими та здебільшого стосуються процедурних питань (приміром, виправлення помилки у виконавчому документі, поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання, заміна сторони виконавчого провадження тощо) та розгляду скарг щодо рішень, дій або бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця під час виконання судового рішення, якщо сторони виконавчого провадження вважають, що порушено їхні права чи свободи.

Нагомість у ст. 1 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» передбачено, що примусове виконання судових рішень і рішень інших органів (посадових осіб) (далі – рішення) покладається на органи державної виконавчої служби та у визначених Законом України «Про виконавче провадження» випадках – на приватних виконавців. Згідно ч. 1 ст. 18 Закону України «Про виконавче провадження» виконавець зобов'язаний вживати передбачених цим Законом заходів щодо примусового виконання рішень, неупереджено, ефективно, своєчасно і в повному обсязі вчиняти виконавчі дії. Проте, як справедливо зазначають Т. Кравцова та М. Александров, «...навіть якщо ви маєте рішення суду на вашу користь, і щодо нього відкрите виконавче провадження, це ще не гарантія того, що ви отримаєте вам належне. Практика свідчить, що іноді виконавці з формальних підстав можуть закінчити виконавче провадження...»¹⁵.

У контексті цієї проблеми Європейський суд у рішенні в справі «Шаренок проти України» від 22 лютого 2005 р. вказав: «Державні органи не можуть довільно посилатись на брак коштів як на виправдання невиконання рішення. Але затримка виконання рішення може бути обґрунтована окремими обставинами. Проте, вона не може бути такою, що позбавляє сенсу право, гарантоване пунктом 1 статті 6 Конвенції (див. «Імобільєре Саффі проти України», заява № 22774/93, п. 74)» (п. 26).

Проте в даному аспекті слід погодитись з думкою В. Кузьмишина, що «як свідчить практика, ні порядок виконання судового рішення, ні відповідальність, передбачена за його невиконання, не є ефективними... Збільшення повноважень суду, який ухвалив рішення, щодо контролю за його виконанням є неодмінною складовою того, що рішення суду буде виконане в повній мірі та у встановлений строк»¹⁶. Слушною є позиція О.З. Хотинської-Нор, що «на відміну від судового контролю в інших сферах, судовий контроль за виконанням судових рішень спрямований не лише на забезпечення законності в державному управлінні та захист прав і законних інтересів осіб, а й на реальне досягнення мети правосуддя, підвищення авторитету суду та судової влади в цілому»¹⁷.

Враховуючи проблеми практики примусового виконання судових актів, на підставі аналізу процесуального законодавства, доктринальних напрацювань, вивчення досвіду зарубіжних країн, вважаємо за доцільне запровадження в національне законодавство інституту судових виконавців. Дані суб'єкти структурно повинні входити в систему судоустрою України та не належати до органів виконавчої влади. Таким чином, ст. 129¹ Конституції України набуде не декларативного значення, а діятиме на практиці. Крім цього, не де-факто, а де-юре діятиме положення ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження», в якій зазначено, що «**виконавче провадження є завершальною стадією судового провадження**».

Слід зазначити, що пильна увага Європейського суду до питань виконання судових актів, пояснюється тим, що держави, які підписали Конвенцію, несуть особливу відповідальність за виконання своїх зобов'язань, передбачених ст. 6 Конвенції. Тим більше, якщо суб'єктом невиконання є сама держава, проти якої ухвалено судовий акт, то з точки зору Європейського суду посилюється негативний аспект наслідків такого невиконання для заявника, оскільки підривається довіра до держави.

Варто наголосити, що Європейський суд розглядає відповідальність України як держави-відповідача досить широко, встановлюючи цю відповідальність за невиконання судових рішень не тільки державними органами, а й муніципальними утвореннями, бюджетними організаціями. У Рекомендації Res (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання від 9 вересня 2003 р. зазначено, що «суб'єкт примусового виконання» означає особу, вповноважену державою на здійснення виконавчого провадження, незалежно від того, чи є така особа державним службовцем, чи ні»¹⁸.

Європейський суд вважає, що держава як відповідач виступає не тільки в особі державних органів, а й в особі суб'єктів, які не є з точки зору права державними, але розглядаються Європейським судом як агенти держави, що виконують публічні функції. А тому Європейський суд дійшов висновку, що саме держава несе відповідальність за невиконання судових рішень публічними суб'єктами. Така позиція Європейського суду послідовно прослідковується у його рішеннях (див., наприклад, рішення у справі «Лисянський проти України» від 4 квітня 2006 р., рішення у справі «Михайленки та інші проти України» від 6 червня 2005 р.)¹⁹

Європейський суд вказує, що «муніципальні утворення є публічними організаціями у тому сенсі, що їх діяльність регулюється нормами публічного права і вони здійснюють суспільно значимі функції, якими вони наділені національними нормативно-правовими актами. Поняття «державна організація» поширюється не тільки на центральні органи державної влади. У державах з децентралізованою системою управління це поняття поширюється на будь-які органи влади, які здійснюють суспільно значимі функції (див., наприклад, рішення у справі «Півень проти України» від 22 жовтня 2002 р.)²⁰.

Для вітчизняної правової системи така позиція Європейського суду була незвичною, оскільки відповідно до національного законодавства, насамперед Конституції України, держава не несе відповідальності за дії суб'єктів, які не належать до системи органів державної влади. Зокрема, відповідно до положень Цивільного кодексу України шкода, завдана фізичній або юридичній особі незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень, відшкодовується відповідно державою, Автономною Республікою Крим або органом місцевого самоврядування незалежно від вини цих органів (ст. 1173). Разом із тим Європейський суд покладає цю відповідальність, не вдаючись в деталі диференціації статусу того чи іншого органу, на державу як суб'єкта зобов'язань згідно Конвенції.

Якщо ж йдеться про приватні компанії, то згідно з практикою Європейського суду відповідальність держави у таких випадках зводиться лише до належної організації процедури примусового виконання судового рішення. До прикладу, у рішенні у справі «Боброва проти Росії» від 17 листопада 2005 р. Європейський суд зазначає, що «згідно Конвенції держава не відповідає за боргами приватних компаній і не відповідальна за борги приватних осіб. Принцип своєчасного виконання судового рішення не може бути інтерпретований як принцип, що зобов'язує державу виконувати судові рішення замість приватної особи у випадку банкрутства останнього. У таких справах зобов'язання держави повинно бути реалізовано за допомогою надання заявнику можливості вимагати від служби судових приставів виконання судового рішення, ухваленого на її користь. Та обставина, що в цій справі судовий пристав був безуспішний, не свідчить про порушення Конвенції» (п. 16).

Щодо виконання судових рішень, то слід також зауважити, що Європейський суд, ухвалюючи рішення про те, чи було затримання виконання судового рішення обґрунтованим, враховує, наскільки складним було

виконавче провадження, якою була поведінка заявника та влади, який характер має ухвалене судове рішення. Цікавою в цьому аспекті є позиція Європейського суду щодо значення поведінки заявника щодо виконання судового рішення. Приміром, у рішеннях у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України» від 15 січня 2010 р. (п. 46) та у справі «Лізанець проти України» від 31 травня 2007 р. (п. 43) Європейський суд з прав людини зазначив: «...що від особи, яка домоглася винесення остаточного судового рішення проти держави, не можна вимагати ініціювання окремого провадження з його примусового виконання²¹; в рішенні у справі «Metaxas v. Greece» (№ 8415/02 від 27 травня 2004 р. (п. 19) Європейський суд зазначає, що «від особи, яка одержала рішення, що має обов'язкову силу, проти держави не можна вимагати дотримання процесуальних норм, щоб отримати виконання цього рішення»²²; у рішенні у справі «Придатченко та інші проти Росії» від 21 червня 2007 р. вказано: «в обов'язки посадової особи, яка представляє державу, входить організація державної системи судочинства таким чином, щоб забезпечити координацію дій між різними виконавчими установами та забезпечити виплату судових боргів держави в належний строк»²³.

З цього приводу Л. Дешко та Ю. Мазур справедливо зазначають, що «проведений аналіз практики Європейського суду з прав людини дозволяє виявити такі основні принципи виконання рішень національних судів: 1) принцип виконання остаточного, обов'язкового для виконання судового рішення; 2) принцип виконання судового рішення без невинуватих затримок; 3) принцип ужиття відповідним державним органом, який було належним чином поінформовано про остаточне судове рішення проти держави, всіх необхідних заходів для його дотримання або передання його іншому компетентному органу для виконання; 4) принцип не вимагання від особи, яка домоглася винесення остаточного судового рішення проти держави, ініціювання окремого провадження з його примусового виконання; 5) принцип виконання державою остаточних рішень, винесених проти її органів, установ чи підприємств, які перебувають у державній власності або контролюються державою»²⁴.

Разом із тим варто погодитися з думкою В. Татькова, що причини незадовільного стану справ з виконанням судових рішень так чи інакше пов'язані з проблемами діяльності всіх трьох гілок державної влади. Головною ж системною проблемою в цьому є відсутність безпосереднього зв'язку між судовим рішенням та його виконанням. Зв'язок цей був утрачений після ліквідації посад судових виконавців у складі загальних судів та створення окремої виконавчої служби в системі органів виконавчої влади. Цілком зрозуміло, що зроблено це було з метою усунення непритаманних судам функцій стосовно забезпечення виконання власних рішень. При цьому враховано рекомендації відповідних європейських інституцій. Однак практика, що склалася в Україні, доводить недоцільність цілковитого відокремлення виконавчої служби від судової системи. Це певним чином негативно вплинуло на ефективність системи виконавчого провадження та значною мірою нівелювало фундаментальний принцип здійснення правосуддя – принцип обов'язковості судового рішення. Подолання проблеми невиконання судових рішень вимагає комплексного підходу, у тому числі структурних змін в організації діяльності державної виконавчої служби²⁵.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зробити наступні висновки:

– держави, які підписали Конвенцію, несуть особливу відповідальність за виконання своїх зобов'язань, передбачених ст. 6 Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод;

– Європейський суд, не вдаючись у деталі диференціації статусу того чи іншого органу (приміром, органу місцевого самоврядування або органу влади Автономної Республіки Крим при здійсненні ними своїх повноважень), покладає відповідальність за дії суб'єктів, які не належать до системи органів державної влади, на державу як суб'єкта зобов'язань згідно з Конвенцією. Якщо ж йдеться про приватні компанії, то відповідно до практики Європейського суду відповідальність держави у таких випадках зводиться лише до належної організації процедури примусового виконання судового рішення;

– враховуючи проблеми практики примусового виконання судових актів, на підставі аналізу процесуального законодавства, доктринальних напрацювань, вивчення досвіду зарубіжних країн, доцільним є запровадження в національне законодавство інституту судових виконавців. Дані суб'єкти структурно повинні входити в систему судоустрою України та не належати до органів виконавчої влади. Таким чином, ст. 129-1 Конституції України набуде не декларативного значення, а діятиме на практиці. Крім цього, не де-факто, а де-юре діятиме положення ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження», в якій зазначено, що «виконавче провадження є завершальною стадією судового провадження».

¹ Луць Л.А. Загальна теорія держави та права : навчально-методичний посібник (за кредитно-модульною системою). Київ : Атіка, 2007. 412 с.

² Рабінович П.М. Проблеми юридичного забезпечення прав людини (загальнотеоретичний аспект). *Український часопис прав людини*. 1995. № 2. С. 16–23.

³ Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні: навч. посіб. Київ: Атіка, 2002. 480 с.

⁴ Майка М.Б. Виконання ухвал суду у цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2019. 20 с.

⁵ Остапенко В.В. Виконання судових рішень як процесуальна гарантія конституційних прав людини. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*: наук. зб. Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара. 2017. Вип. 6. Т. 3. С. 30–35.

⁶ Рекомендація Rec (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання, ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 851 засіданні заступників міністрів 9.09.2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_868#Text (дата звернення: 27.07.2020).

- ⁷ Рішення Європейського суду з прав людини від 15.01.2010 р. у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_479 (дата звернення: 27.07.2020).
- ⁸ Рішення Європейського суду з прав людини від 19.03.1997 р. у справі «Горнсбі проти Греції» (Case of Hornsby v. Greece). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_079 (дата звернення: 27.07.2020).
- ⁹ Рішення Європейського суду з прав людини від 6.06.2005 р. у справі «Михайленки та інші проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_231 (дата звернення: 27.07.2020).
- ¹⁰ Рішення Європейського суду з прав людини від 6.06.2005 р. у справі «Шаренок проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_235 (дата звернення: 27.07.2020).
- ¹¹ Який стан, таке й виконання... URL: https://zib.com.ua/ua/print/23577-yakiy_stan_take_y_vikonannya.html (дата звернення: 27.07.2020).
- ¹² Кройтор В.А. Принцип обов'язковості судових рішень у цивільному судочинстві: актуальність та нормативний зміст. *Право і безпека*. 2008. № 2. С. 149–154. С. 152.
- ¹³ Смородинський В.С. Судова влада в Україні (загальнотеоретичні проблеми) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2001. 20 с. С.11.
- ¹⁴ Віталій Кузьмишин. Шляхи забезпечення безумовного виконання судового рішення. URL: https://www.vaas.gov.ua/files/nauk_soments/shlyahi (дата звернення: 23.04. 2020).
- ¹⁵ Кравцова Т., Александров М. Проблеми виконання судових рішень державними виконавцями. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/problemi-vikonannya-sudovih-rishen-derzhavnimi-vikonavtsyami.html> (дата звернення: 27.07.2020).
- ¹⁶ Віталій Кузьмишин. Шляхи забезпечення безумовного виконання судового рішення. URL: https://www.vaas.gov.ua/files/nauk_soments/shlyahi (дата звернення: 23.04. 2020).
- ¹⁷ Хотинська-Нор О.З. До окремих питань судового контролю за виконанням судових рішень у цивільному процесі. *Адвокат*. 2013. № 10 (157). С. 14–18.
- ¹⁸ Рекомендація Rec (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання, ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 851 засіданні заступників міністрів 9.09.2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_868#Text (дата звернення: 27.07.2020).
- ¹⁹ Рішення Європейського суду з прав людини від 4.04.2006 р. у справі «Лисянський проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_048 (дата звернення: 27.07.2020); Рішення Європейського суду з прав людини від 6.06.2005 р. у справі «Михайленки та інші проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_231 (дата звернення: 27.07.2020).
- ²⁰ Рішення Європейського суду з прав людини від 29.06.2004 р. у справі «Півень проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_222 (дата звернення: 27.07.2020)
- ²¹ Рішення Європейського суду з прав людини від 15.01.2010 р. у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_479 (дата звернення: 27.07.2020); Рішення Європейського суду з прав людини від 31.05.2007 р. у справі «Лізанець проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_216 (дата звернення: 27.07.2020).
- ²² Рішення Європейського суду з прав людини від 27.05.2004 р. у справі «Metaxas v. Greece». URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/19622> (дата звернення: 27.07.2020).
- ²³ Посібник зі ст. 6 – Право несправедливий суд (цивільна частина). Рада Європи / Європейський Суд з прав людини, 2013. 77 с. С. 73. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf (дата звернення: 27.07.2020).
- ²⁴ Дешко Л.М., Мазур Ю.В. Виконання рішень національних судів: принципи Європейського суду з прав людини. *Науково-практичний юридичний журнал «Публічне право»*. 2012. № 4 (8). С. 167–173. С. 171.
- ²⁵ Який стан, таке й виконання... URL: https://zib.com.ua/ua/print/23577-yakiy_stan_take_y_vikonannya.html (дата звернення: 27.07.2020).

Резюме

Сеник С.В. Виконавчість як ознака законної сили судових актів у цивільному процесу України у контексті застосування статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (на матеріалах практики Європейського суду з прав людини).

Стаття присвячена дослідженню такої ознаки законної сили судових актів в цивільному процесі, як виконавчість у контексті застосування ст. 6 Конвенції. Дослідження тематики статті проводиться на підставі аналізу правових положень національного законодавства, наукових поглядів учених-правників і практиків та матеріалів практики Європейського суду з прав людини.

Автор наголошує, що держави, які підписали Конвенцію, несуть відповідальність за виконання своїх зобов'язань, передбачених ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, особливо в частині дотримання обов'язку щодо примусового виконання судових актів. На підставі з'ясування проблемних аспектів виконання судових актів автор пропонує запровадження в національне законодавство інституту судових виконавців.

Ключові слова: виконавчість, судовий захист, судовий акт, судова практика, виконавець, законна сила.

Резюме

Сеник С.В. Исполнительность как законная сила судебных актов в гражданском процессе Украины в контексте применения статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (на примере практики Европейского суда по правам человека).

Статья посвящена исследованию такого признака законной силы судебных актов в гражданском процессе, как исполнительность в контексте применения ст. 6 Конвенции. Исследование тематики статьи производится на основании анализа правовых положений национального законодательства, научных взглядов ученых-юристов и юристов-практиков, а также материалов практики Европейского суда по правам человека.

Автор отмечает, что государства, подписавшие Конвенцию, несут ответственность за выполнение своих обязательств, предусмотренных ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, особенно в части соблюдения обязанности по

принудительному исполнению судебных актов. На основании выяснения проблемных аспектов исполнения судебных актов автор предлагает введение в национальное законодательство института судебных исполнителей.

Ключевые слова: исполнительность, судебная защита, судебный акт, судебная практика, исполнитель, законная сила.

Summary

Svitlana Senyk. Enforceability as a means of legal force of judicial acts in the civil process of Ukraine in the context of application of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (based on the case law of the European Court of Human Rights).

The article is devoted to the study of such a feature of the legal force of judicial acts in civil proceedings as enforceability in the context of the application of Article 6 of the Convention. The research of the subject of the article is carried out on the basis of the analysis of legal provisions of the national legislation, scientific views of legal scholars and legal practitioners and materials of practice of the European Court of Human Rights.

The article emphasizes that according to the legislation of Ukraine, court decisions that have entered into force are binding on all public authorities and local governments, enterprises, institutions, organizations, officials and citizens and are enforceable throughout Ukraine, and in cases established by international agreements, the binding nature of which has been approved by the Verkhovna Rada of Ukraine, and beyond.

The author emphasizes that the signatory states are responsible for fulfilling their obligations under Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, especially with regard to compliance with the obligation to enforce judicial acts. In turn, the analysis of the case law of the European Court of Human Rights made it possible to conclude that the execution of court decisions is considered by the European Court as a mandatory, integral part of the trial within the meaning of Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

It is argued that the reasons for the unsatisfactory state of affairs with the execution of court decisions are somehow related to the problems of all three branches of government. In this regard, given the problems of enforcement of judicial acts, based on the analysis of procedural law, doctrinal developments, studying the experience of foreign countries, the author considers it appropriate to introduce into national law the institution of bailiffs.

Key words: enforceability, judicial protection, judicial act, judicial practice, executor, legal force.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.33

УДК 349.22 (477):005.336.5-022.45

С.О. ШАБАНОВА

*Софія Олександрівна Шабанова, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0001-9813-8179

НЕДОСТАТНЯ КВАЛІФІКАЦІЯ ПРАЦІВНИКА ЯК ПІДСТАВА РОЗІРВАННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

Постановка проблеми. Законодавство України, що регулює трудові відносини, можна вважати таким, що направлене насамперед на захист прав та інтересів працівника. Разом із тим існують і норми, що встановлюють пріоритет роботодавця над працівником, зокрема щодо можливості останнього розірвати за власною ініціативою трудовий договір.

Водночас ключовим фактором успіху підприємства, установи чи організації є ефективне використання трудових можливостей працівників. Досвідчений, висококваліфікований персонал, який повністю відповідає вимогам і цілям роботодавця, є довгостроковою стратегічною конкурентною перевагою та запорукою ефективного досягнення мети роботодавця¹.

Право роботодавця на припинення трудових відносин передбачене на міжнародному рівні, зокрема ст. 4 Конвенції Міжнародної організації праці № 158 «Про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця» 1982 р., що ратифікована Україною 4 лютого 1994 р. Згідно із зазначеною нормою трудові відносини з працівниками з ініціативи роботодавця не припиняються, якщо тільки немає законних підстав для такого припинення, пов'язаного із здібностями чи поведінкою працівника або викликаного виробничою потребою підприємства, установи чи служби².

Так, п. 2 ч. 1 ст. 40 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України) встановлено, що трудовий договір, укладений на невизначений строк, а також строковий трудовий договір до закінчення строку його чинності можуть бути розірвані власником або уповноваженим ним органом у випадку виявлення невідповідності працівника займаній посаді або виконуваний роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню даної роботи, а так само в разі відмови у наданні допуску до дер-

© С.О. Шабанова, 2020

* *Sophiia Shabanova, Ph.D. in Law, Assistant of Chair of Yaroslav Mudryi National Law University*

жавної таємниці або скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на нього обов'язків вимагає доступу до державної таємниці³.

Українська судова практика також не лишилася осторонь вищезазначеного питання. Пунктом 21 постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р. встановлено, що не можна визнати законним звільнення працівника з підстави недостатньої кваліфікації лише через те, що в нього немає спеціальної освіти (диплома), якщо відповідно до чинного законодавства наявність її не є обов'язковою умовою виконання роботи, зумовленої трудовим договором. Проте якщо згідно із законодавством виконання певної роботи допускається після надання в установленому порядку спеціального права (водіям автомобільного й електротранспорту та ін.), позбавлення цього права може бути підставою для звільнення працівника з мотивів невідповідності займаній посаді або виконуваній роботі з додержанням правил ч. 2 ст. 40 КЗпП України⁴.

Так, нормативне закріплення та тлумачення охопило далеко не весь спектр питань, що пов'язані з виявленням недостатньої кваліфікації як підстави розірвання трудового договору.

Ступінь дослідження теми. Вивченню недостатньої кваліфікації працівника присвячені праці як вітчизняних, так і зарубіжних вчених. Так, А. Андрюшкова зробила значний вклад у вивчення історичного розвитку недостатньої кваліфікації як підстави розірвання трудового договору. У працях О. Ярошенко, зокрема, розвинуто думку, що недостатня кваліфікація є самостійною підставою розірвання трудового договору, яку необхідно застосовувати окремо від такої підстави, як стан здоров'я, що перешкоджає виконанню трудової функції. С. Мішок встановив значення атестації для визначення недостатньої кваліфікації працівника, а О. Процевський акцентував увагу на обов'язковості дотримання встановленої законом процедури розірвання договору з підстави виявлення недостатньої кваліфікації. Вказані наукові праці, які і деякі інші, послугували основою для здійснення дослідження за темою статті, а також допомогли сформулювати повне та всебічне бачення наукової дійсності в межах окресленого питання.

Таким чином, метою статті є виявлення існуючих прогалин у регулюванні розірвання трудових відносин з ініціативи роботодавця у зв'язку з недостатньою кваліфікацією та запропонування шляхів їх вирішення. Новизна даного дослідження полягає у встановленні особливостей недостатньої кваліфікації як підстави розірвання трудового договору, наданні варіантів обов'язкових критеріїв для встановлення такої недостатності, переосмислення обсягу відповідальності роботодавця та працівника за виникнення недостатньої кваліфікації останнього. Завданням статті є: 1) встановлення змісту недостатньої кваліфікації; 2) обґрунтування доцільності застосування поняття «якість робочої сили» в межах розірвання трудового договору; 3) вивчення ефективності здійснення атестацій як способів визначення кваліфікованості працівника; 4) розроблення критеріїв визначення недостатності кваліфікації працівника.

Виклад основного матеріалу. Особливої уваги в контексті цитованої норми заслуговує встановлення недостатньої кваліфікації працівника, оскільки з перерахованих підстав виявлення невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі недостатня кваліфікація є найменш регламентованою, що тягне за собою труднощі в межах реалізації права роботодавця на розірвання трудового договору.

По-перше, незакріпленим є тлумачення поняття «недостатня кваліфікація». Зазначене призводить до неоднакового трактування вказаного поняття як самими роботодавцями, що безумовно впливає на прийняття ними рішень щодо розірвання трудового договору з працівником, так і судовими органами, які покликані вирішувати спори, зокрема, між роботодавцями та працівниками щодо незаконності розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця з причини встановлення недостатньої кваліфікації працівника.

З огляду на те, що поняття «кваліфікація» нормативно не визначено, воно знаходить широкий прояв у працях науковців, зокрема в галузі трудового права. Так, під кваліфікацією розуміють рівень теоретичних знань і практичних навичок за відповідною професією (спеціальністю, посадою), ступінь освоєння яких виявляється в установленому державою тарифному розряді, класі, категорії (посади) та дає змогу виконувати роботу певної міри складності⁵.

По-друге, оціночним у контексті даного дослідження також є така характеристика кваліфікації, як її достатність/недостатність, що в свою чергу ілюструє недосконалість існуючого категоріального апарату.

Недостатня кваліфікація можлива, якщо у працівника немає теоретичних і практичних знань, навичок і вмій, що позбавляє його можливості належним чином виконувати трудові обов'язки на займаній посаді або при виконанні дорученої роботи. Недостатня кваліфікація виражається у виконанні роботи, що не відповідає вимогам до її якості, у систематичному браку, невиконанні норм праці тощо⁶.

Так, як зазначалося вище, кваліфікація дозволяє виконувати конкретно встановлену роботу певної міри складності, з чого можна зробити висновок, що неможливість вказаного виконання свідчить про відсутність кваліфікації щодо кожного конкретної роботи, а не про її недостатність.

Варто зауважити, що світова практика прямує дещо іншим маршрутом, замінюючи поняття «кваліфікація» на «якість робочої сили», що точніше передає зміст характеристики невідповідності займаній посаді чи виконуваній роботі, який полягає у здатності працівника виконувати ту чи іншу трудову функцію. Застосування поняття «якість робочої сили» є виправданим та доцільним, оскільки кваліфікація в свою чергу стосується і професійних навичок, які набуваються в процесі отримання освіти та підтверджуються відповідним документом. При цьому за замовчуванням вважається, що на роботу приймаються кваліфіковані кадри, тобто такі, які здатні виконувати завдання, що від них вимагають. Тому стверджувати, що працівник у процесі виконання роботи втратив певний рівень кваліфікації, чим зумовлюється її недостатність, є дещо неко-

ректним. У даному випадку більш точним є вживання поняття «якість робочої сили», оскільки воно охоплює не тільки сукупність набутих працівником професійних якостей (кваліфікацію), а й інші складові, що характеризують особисті якості працівника.

Якість робочої сили наразі актуально також розглядати в межах пристосованості працівника до інноваційної політики, яку здійснює роботодавець. Так, одне із найважливіших завдань для забезпечення якісного функціонування та розвитку багатьох, особливо комерційних, організацій полягає в підвищенні рівня інноваційного потенціалу свого персоналу. Інноваційний потенціал персоналу – це здатність усіх співробітників використовувати власний набір навичок та можливостей у розробці, впровадженні та використанні інновацій. Рівень цього потенціалу залежить від професійно-кваліфікаційних характеристик працівників, їх природних здібностей та набутих знань і умінь, а також бажання та можливості їх застосування в інноваційній діяльності підприємства⁷.

Необхідність розгляду можливості застосування поняття «якість робочої сили» впливає не тільки з більш вдалого змісту поняття, що характеризує невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі як підстави розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця, а й з вимоги здійснення адаптаційних процесів в українському законодавстві в межах євроінтеграції.

У законодавствах зарубіжних країн підстави для звільнення працівника поділяються на три головні групи:

- 1) підстави, спричинені поведінкою працівника (дисциплінарні проступки);
- 2) підстави, які стосуються особи працівника, але не зумовлені його провиною;
- 3) підстави, пов'язані з економічними і виробничими факторами⁸.

За основними характеристиками виявлення недостатньої кваліфікації умовно відносять до другої групи, у зв'язку з чим на увагу заслуговує питання умисності працівника в межах виникнення недостатньої кваліфікації. Так, загальноприйнятою вважається думка, відповідно до якої вина працівника у його недостатній кваліфікації повністю відсутня. Разом із тим працівник, виконуючи певні поставлені перед ним завдання, розуміє свою здатність якісно їх виконувати та може завчасно вжити відповідних заходів для підтримання кваліфікації на достатньому рівні до того часу, поки недоліки в роботі будуть помічені роботодавцем.

На сучасному етапі розвитку суспільства особливу роль відіграють новітні технології, комп'ютеризація та роботизація діяльності, у зв'язку з чим роботодавці висувають нові вимоги до працівників, виконання яких дасть змогу досягти запланованого роботодавцем результату. Таким чином, працівник має бути заінтересованим у підвищенні рівня своєї кваліфікації або хоча б підтриманні її на достатньому для виконання трудових обов'язків рівні. Тому в разі, коли працівник ніяким чином не сприяє підтриманню власної компетентності, вивченню нових технологічних та інноваційних методів, що використовуються для виконання поставлених завдань, результатом чого є систематичне неналежне виконання таких завдань, все ж таки можна говорити про наявність у такій бездіяльності чи певній дії (наприклад, уникнення та небажання набувати відповідні навички і знання) працівника ознак винності останнього в недостатності його кваліфікації.

У свою чергу, у випадку встановлення вини працівника в неякісному виконанні роботи розірвання трудового договору відбуватиметься за п. 3 ст. 40 КЗпП України з підстави невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, якщо до працівника раніше застосовувалися заходи дисциплінарного чи громадського стягнення систематично, зокрема і з причини недостатньої кваліфікації.

Таким чином, факту наявності або відсутності вини працівника в неякісному виконанні трудової функції має бути приділена особлива увага з боку роботодавця при вирішенні питання щодо розірвання з працівником трудового договору.

На якість виконуваної функції може впливати комплекс різних факторів. Зокрема, серед причин, які мають наслідком виникнення недостатньої кваліфікації, можна виокремити зниження уваги та старанності працівника, що може призвести до зниження загальної працездатності, підвищення вимог, що пред'являються до виконуваної роботи, в тому числі в умовах науково-технічного прогресу, недоброросвісне виконання покладених обов'язків та ін.

Зважаючи на те, що попит роботодавців на кваліфікованих працівників дедалі більше зростає, а отже, зростають і вимоги до змісту кваліфікованості, встановити вичерпний перелік випадків, які б підпадали під категорію «недостатня кваліфікація», неможливо. Разом із тим варто було б на нормативному рівні закріпити трактування поняття недостатньої кваліфікації та критеріїв для її встановлення.

Так, пропонується, крім рівня знань та навичок, що лежать в основі розуміння кваліфікації, критерієм для встановлення недостатньої кваліфікації визначити строк, протягом якого така кваліфікація проявляється. Зазначена пропозиція пов'язана зі швидким темпом розвитку та запровадження нових або значно вдосконалених раніше відомих технологій у робочому процесі, що в свою чергу має наслідком відставання знань та умінь працівників. При цьому у випадку заінтересованості роботодавця такі знання та вміння можна набути шляхом додаткового навчання або набутого досвіду в результаті автоматичного відпрацьованого певної роботи. Таким чином, часовий критерій забезпечить можливість працівникам адаптуватися до нових вимог здійснення трудової функції та забезпечувати дотримання своєї кваліфікації на рівні, що його вимагає роботодавець.

Крім того, критерієм для визначення недостатньої кваліфікації варто передбачити і здатність працівника адаптуватися до нових вимог виконання роботи, тобто його здатність набути відповідні знання та навич-

ки. Так, як зазначалося вище, у деяких випадках навчання працівника може допомогти підтримати його кваліфікацію в межах виконання робочих завдань. Таким чином, тільки у випадку неможливості набуття працівником відповідних знань та навичок, яких потребує виконання його посадових обов'язків в існуючих на конкретний момент часу умовах, можна стверджувати про його недостатню кваліфікацію і як наслідок – про невідповідність займаній посаді чи виконуваній роботі.

Разом із тим повністю знімати відповідальність з роботодавця за виникнення у працівника недостатньої кваліфікації не варто, оскільки припинення трудового договору у зв'язку з недостатньою кваліфікацією слід вважати правомірним тільки за умови створення працівникові нормальних умов праці.

Так, розгляд питання встановлення недостатньої кваліфікації працівника, а отже, і застосування запропонованих критеріїв, може мати місце лише у випадку, коли роботодавець забезпечив працівника всіма необхідними для належного виконання його трудових обов'язків умовами.

Закріплення на нормативному рівні критеріїв визначення недостатньої кваліфікації слугуватиме меті мінімізації помилок розірвань трудових договорів з ініціативи роботодавця у зв'язку з наявністю вказаної підстави.

Крім того, недостатня кваліфікація може бути причиною розірвання трудових відносин за умови, що така кваліфікація перешкоджатиме працівнику продовжувати виконувати роботу. При цьому розуміння наявності таких перешкод є досить оціночним, що призводить до різного трактування роботодавцями меж допустимості відхилення від звичайного рівня кваліфікації працівника.

Наразі нормативно не закріплено і способи виявлення недостатньої кваліфікації працівника. Разом із тим Законом України «Про професійний розвиток працівників» передбачено можливість проведення атестації працівників. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про професійний розвиток працівників» атестація працівників – процедура оцінки професійного рівня працівників кваліфікаційним вимогам і посадовим обов'язкам, проведення оцінки їх професійного рівня⁹. Так, документальне підтвердження відповідності працівника займаній посаді здійснюване шляхом визначення його професій, спеціальності та кваліфікації виконується на підставі документа про освіту, проте кваліфікація працівника в процесі праці має підтверджуватися його фактичною здатністю виконувати завдання та обов'язки відповідної роботи. І саме фактичні навички працівника виконувати роботу, зумовлену трудовим договором, його здатність самостійно виконувати належним чином трудові завдання та посадові обов'язки пояснює необхідність періодичного проведення атестації працівників¹⁰.

Як зазначає Н.В. Закалюжна, при прийомі на роботу перевіряють виключно наявність кваліфікації за формальними ознаками, і лише з часом може виявитись, що особа «не дотягує» до встановлених вимог та показників. Тому таку невідповідність почали називати «раптово виявленою»¹¹.

На сьогодні атестацію працівника слід вважати єдиним закріпленим правовим механізмом визначення кваліфікації працівника та оцінки його професійно-ділових якостей з метою встановлення відповідності знань, вмінь та навичок працівника виконувати трудові завдання і обов'язки за відповідною посадою та виявлення резервів підвищення рівня віддачі працівника роботодавцю.

Підхід до проведення атестації в українських реаліях значною мірою відрізняється від свого аналога, що здійснюють роботодавці в зарубіжних країнах.

Наприклад, у США використовуються різні методи атестації працівників. Один із найбільш поширених полягає в оцінці службовців за 15 критеріями з комбінацією цифрових та текстових шкал. Кожний із використовуваних 15 елементів має п'ять ступенів. Після оцінки за окремими критеріями безпосередній керівник оцінює роботу службовця (задовільно, досить задовільно або незадовільно), потім вищий керівник і, нарешті, – організована для визначеної сфери державної служби комісія. На завершення визначається підсумкова оцінка. Така атестація відбувається один раз на рік і працівник, який підлягає атестації, підписує річну оцінку¹².

Аналізуючи судову практику щодо звільнення за п. 2 ст. 40 КЗпП України, можна зробити висновок, що суд може визнати законним припинення трудового договору у тому разі, якщо встановить, що:

- 1) звільнення було проведено на підставі фактичних даних, які підтверджують, що внаслідок недостатньої кваліфікації працівник не може належно виконувати покладених на нього трудових обов'язків;
- 2) була відсутня можливість перевести працівника, за його згодою, на іншу роботу або направити на професійне навчання.

Судова практика також акцентує увагу на тому, чи дотримано роботодавцем або уповноваженим ним органом вимог ст. 43 КЗпП України. Адже відповідно до ст. 43 КЗпП України розірвання трудового договору з працівником за п. 2 ст. 40 КЗпП України може бути проведено лише за попередньою згодою виборного органу первинної профспілкової організації, членом якої є працівник¹³.

Висновки. При дослідженні теми, якій присвячена стаття, можемо дійти наступних висновків:

1. Право роботодавця розірвати трудовий договір закріплено як на національному, так і на міжнародному рівні, що є справедливим з точки зору прагнення та права вимагати від працівників належного виконання трудових функцій з метою досягнення відповідного результату.

2. Наявний нині категоріальний апарат у межах припинення трудових відносин через невідповідність працівника займаній посаді чи виконуваній роботі з підстави виявлення недостатньої кваліфікації працівника є недосконалим. Так, незакріпленим досі лишається тлумачення недостатньої кваліфікації, що за своїм змістом у межах розірвання трудового договору з боку роботодавця більш точно покривається поняттям «якість робочої сили».

3. Нормативно неврегульованим є питання способів встановлення недостатньої кваліфікації. Так, українському законодавцю варто розглянути можливість запровадження критеріїв визначення достатності кваліфікації, серед яких, зокрема, передбачити наступні: рівень навичок та знань, необхідних для подальшого виконання роботи; строк, протягом якого проявляється умовна недостатність кваліфікації; здатність набуття певних знань та навичок працівником.

4. Формування кадрового складу і кадрового потенціалу має здійснюватися за допомогою офіційно визначених та закріплених механізмів, що дадуть змогу з мінімальною похибкою визначити придатність працівника до виконання покладеної на нього трудової функції. Наразі єдиним нормативно закріпленим способом є атестація, що має на меті не контроль виконання, а виявлення резервів підвищення рівня віддачі працівника роботі.

5. Вектор розвитку трудових відносин між роботодавцем та працівником в межах аналізованого в дослідженні питання в майбутньому має ґрунтуватися не на кваліфікаційному підході, при якому основна перевага надається підтвердженню кваліфікації, а на компетенції, де на перший план висувається оцінка знань, вмінь, навичок (компетентностей).

¹ Serhiy I. Bay. Human capital as a foundation for enterprise value growth. *Актуальні проблеми економіки*. 2015. № 12 (174). С. 248–257.

² Про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця: конвенція Міжнародної організації праці № 158 від 22.06.1982 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_005#Text

³ Кодекс законів про працю України: Закон України від 10.12.1971 р. № 322-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>

⁴ Про практику розгляду судами трудових спорів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 6.11.1992 р. № 92. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-92#Text>

⁵ Щербина В.І. Трудове право України: підручник. Київ: Істина, 2008. 384 с.

⁶ Ярошенко О.М. Розірвання трудового договору у випадку невідповідності працівника займаній посаді або виконуваний роботі: актуальні питання правової теорії та практики: монографія / О.М. Ярошенко, М.І. Іншин, І.П. Жигалкін, К.М. Плещеньов; за заг. ред. О.М. Ярошенка та М.І. Іншина. Харків: 2020. 217 с.

⁷ Adamenko M. Qualimetric assessment of enterprise's personnel innovative potential. *Економічний часопис*. XXI. 2014. № 3–4(2). С. 31–34. URL: <https://cutt.ly/7fx3MT7>

⁸ Андрюшкова А.О. Щодо підстав припинення трудового договору у разі виявлення невідповідності посаді або виконуваний роботі внаслідок недостатньої кваліфікації працівника. *Наукові записки ХЕИТ*. 2010. № 2(9). С. 16–22.

⁹ Про професійний розвиток працівників: Закон України від 12.01.2012 р. № 4312-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4312-17#Text>

¹⁰ Мішок С.М. Значення атестації як способу визначення кваліфікації працівник. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Вип. 1(22). Т. 2. С. 95–99. URL: <http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/126/127>

¹¹ Закалюжная Н.В. Организационно-правовые формы определения квалификации работников: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Москва, 2006. 230 с.

¹² Савченко В.А. Управління розвитком персоналу: навч. посіб. Київ: КНЕУ, 2002. 351 с.

¹³ Купіна Л.Ф. Актуальні проблеми виявлення невідповідності працівника займаній посаді або виконуваний роботі. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова*. Серія 18 «Економіка і право». 2012. Вип. 18. С. 213–219.

Резюме

Шабанова С.О. Недостатня кваліфікація працівника як підстава розірвання трудового договору.

Однією з підстав розірвання трудового договору може бути невідповідність працівника займаній посаді або виконуваний роботі, що проявляється через його недостатню кваліфікацію. При цьому в законодавстві України в межах окресленого питання існує чимало прогалин, зокрема, щодо тлумачення поняття недостатньої кваліфікації, способів та критеріїв її визначення тощо, що потребують детального вивчення та аналізу. З огляду на зазначене тема дослідження є актуальною. Мета дослідження – встановлення особливостей недостатньої кваліфікації як фактору невідповідності займаній посаді чи виконуваний роботі, наслідком якого є розірвання трудового договору, та запропоновання шляхів усунення існуючих прогалин у правовому регулюванні відносин, що пов'язані з її виявленням. Результат проведеної роботи полягає у виявленні основних характеристик недостатньої кваліфікації та визначенні шляхів удосконалення регулювання відносин, що виникають при її встановленні роботодавцем.

Ключові слова: невідповідність займаній посаді або виконуваний роботі, кваліфікація, якість робочої сили, критерії визначення недостатньої кваліфікації, атестація.

Резюме

Шабанова С.О. Недостаточная квалификация работника как основание расторжения трудового договора.

Одним из оснований расторжения трудового договора может быть несоответствие работника занимаемой должности или выполняемой работе, что проявляется через его недостаточную квалификацию. При этом в законодательстве Украины в пределах очерченного вопроса существует немало пробелов, в частности, толкование понятия недостаточной квалификации, способов и критериев ее определения и т.п. требуют детального изучения и анализа. Учитывая указанное, тема исследования является актуальной. Цель исследования – установление особенностей недостаточной квалификации как фактора несоответствия занимаемой должности или выполняемой работе, следствием которого является расторжение трудового договора, и предлагаемых путей устранения существующих пробелов в правовом регулировании отношений, связанных с ее обнаружением. Результат проведенной работы состоит в выявлении основных характеристик недостаточной квалификации и определении путей совершенствования регулирования отношений, возникающих при ее установлении работодателем.

Ключевые слова: несоответствие занимаемой должности или выполняемой работе, квалификация, качество рабочей силы, критерии определения недостаточной квалификации, аттестация.

Summary

Sophiia Shabanova. Insufficient qualification of worker as founding of labour contract.

Problem statement. One of grounds of dissolution of labour contract there can be disparity of worker held a position or executable work that shows up through his insufficient qualification. Thus in the legislation of Ukraine within the limits of the outlined question there are quite a bit blanks, in particular, in relation to interpretation of concept of insufficient qualification, methods and criteria of her decision and others like that, that need the detailed study and analysis. Taking into account marked a research theme is actual. The purpose of the article is establishment of features of insufficient qualification as to the factor of disparity held a position or executable work, the consequence of that is dissolution of labour contract, and suggestion of ways of removal of existent blanks in the legal adjusting of relations that is related to her exposure. During realization of the indicated research next methods were used: analysis and synthesis, dialectical, logical-legal, formal-legal. An analysis and synthesis gave an opportunity to carry out complex description and description of essence of insufficient qualification through the prism of accordance of worker to the executable labour function, to educe and confront base principles of the legal adjusting of relations that is related to the origin of insufficient qualification. By means of dialectical method general properties, copulas and conformities to law, that arise up at establishment of disparity of worker held a position or executable work in connection with insufficient qualification of worker, were educed, and also truth is set in the modern processes of adjusting of the marked legal relationships. The logical-legal method was used for formulation of suggestions in relation to further perfection of the legal adjusting of institute of dissolution of labour contract on initiative of employer in case of exposure of insufficient qualification of worker. The formal-legal method helped to find out essence and maintenance of legal norms, their functions, signs of concepts, what of them determine and processes, what of them regulate, within the limits of theme of research. The results. A conducted job performance consists in the exposure of basic descriptions of insufficient qualification and decision of ways of improvement of adjusting of relations that arise up at her establishment an employer. Conclusion. Qualification of worker is an important factor for the achievement of the put aim an employer, that is why the legal adjusting of exposure of her insufficiency must be balanced and self-weighted, as touches rights and interests of both employer and worker. It costs for providing of balance of such adjusting, in particular, to fasten a concept and methods of decision of insufficient qualification, envisage the criteria of her estimation, oriented on the competence approach at adjusting of labour relations.

Key words: disparity held a position or executable work, qualification, quality of labour force, criterias of decision of insufficient qualification, attestation.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.34

УДК 347.91

С.В. ЩЕРБАК

*Світлана Володимирівна Щербак, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Сумського національного аграрного університету**

ORCID: 0000-0002-9969-3817

НАУКА ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ: ПЕРЕДУМОВИ ВИНИКНЕННЯ

Постановка проблеми. Як відомо, правова наука представлена складною та розвинутою системою різноманітних юридичних знань, що розділені на певні відокремлені масиви – галузі правової науки.

Усі галузі сучасної правової науки є результатом прагнення науковців вирішити будь-які проблеми правотворчості, правозастосування або реалізації норм права, дослідити проблеми, що мають важливе наукове значення. Сам процес формування системи правової науки є незавершеним та фактично відображає ті процеси, що відбуваються у сучасному суспільстві, що призводить до появи нових галузей правової науки, серед яких останнім часом виділяють науку цивілістичного процесу¹, науку про адвокатуру², науку нотаріального процесу³, науку фінансового права⁴, науку інформаційного права⁵ тощо.

Процес виконання судових рішень і рішень інших органів останнім часом набув нового змісту, а проблеми виконавчого провадження настільки актуалізовані у суспільстві, що стали відомі кожному пересічному громадянину. Тому назріла нагальна потреба в узагальненні накопиченої інформації щодо виконавчого процесу на законодавчому та науковому рівні, наданні нового бачення сутності виконавчого процесу з метою удосконалення чинного профільного законодавства й забезпечення прав та інтересів суб'єктів виконавчого процесу.

У сучасних умовах ми вже можемо впевнено говорити про цілісно сформовану науку виконавчого процесу України як молоду галузь, що стрімко набирає оберти у своєму розвитку, удосконалюється, збагачується зарубіжним досвідом виконання рішень та навіть намагається адаптуватися до європейських стандартів виконання.

© С.В. Щербак, 2020

* *Svitlana Shcherbak, Ph.D. in Law, Associate professor, Associate professor of Sumy National Agrarian University*

Саме система наукових знань має стати тим орієнтиром, що визначатиме подальший розвиток виконавчого процесу, прогнозуватиме вирішення спірних питань та приведе до покращення показників реального виконання й підвищення ефективності виконання судових рішень і рішень інших органів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню виконавчого процесу присвячені праці А.М. Авторгова, Ю.В. Білоусова, О.Б. Верба-Сидор, О.В. Гетьманцева, М.М. Мальського, Н.І. Сергієнко, О.С. Снідевича, С.Я. Фурси.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є спроба запропонувати власний погляд на виконавчий процес як галузь процесуальної науки.

Виклад основного матеріалу. Становленню та розвитку будь-якої науки передують її виникнення, а тому підлягають дослідженню передумови виникнення науки виконавчого процесу.

Спробуємо здійснити їх конкретизацію, прийнявши за основу доктринальні підходи В.М. Сирих щодо передумов виникнення нової галузі правової науки.

Так, до передумов виникнення галузі правової науки відносять виділення сукупності знань в окрему самостійну галузь, що здійснюється за умови, що ця сукупність має своїм об'єктом та предметом відносно самостійну сферу правової діяльності або правову науку в цілому, що наділена специфічними закономірностями функціонування та розвитку⁶.

Виконавчий процес асоціюється в суспільстві з постійним реформуванням, як поступового, так і консервативного⁷ характеру, що зовні (для пересічних громадян) виражається в модернізації інституційного та організаційного характеру, у намаганні застосування більш посиленних процесуальних заходів, спрямованих на виконання рішення боржником, у корінній трансформації моделі виконання, що наразі представлена і державним, і приватним сектором виконання.

На відміну від сучасного періоду, в радянські та пострадянські часи (після розпаду СРСР Україна отримала у спадок систему виконання судових рішень радянського зразка, коли судові виконавці продовжували працювати при судах загальної юрисдикції та були закріплені за суддею, що ухвалював судові рішення) виконавче провадження не становило наукового інтересу, а останні монографії, які були йому присвячені, були датовані 70-ми рр. минулого століття⁸.

Розвиток ринкових відносин, підприємництва, банківської системи привели до зростання судових спорів, внаслідок чого відбулося поступове збільшення кількості виконавчих проваджень та, відповідно, зростання навантаження на судових виконавців, які стали виконувати значну кількість й несудових виконавчих документів.

Підвищення наукового інтересу до дослідження проблем виконавчого провадження відбулося наприкінці 90-х рр. минулого століття, що ознаменувалося прийняттям профільного законодавства – Законів України «Про Державну виконавчу службу» від 24 березня 1998 р. та «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р., підзаконних нормативно-правових актів, що безпосередньо стосувалося процесуальних та організаційних питань виконання судових рішень та рішень інших органів, сутнісною зміною державної політики у сфері юстиції тощо.

Тобто базовим нормативним актом виконавчого процесу став Закон України «Про виконавче провадження», а державний виконавець як його обов'язковий суб'єкт вже не підпорядковувався суду та був віднесений до органів виконавчої, а не судової гілки влади.

У свою чергу, державний виконавець був наділений комплексом процесуальних повноважень, спрямованих на здійснення виконавчого процесу, у тому числі й владного характеру, а зміст його діяльності суттєво трансформувалася, адже на державного виконавця було покладено обов'язок постадійного складання процесуальних документів (постанов, актів, розпоряджень, подань тощо) та документування прийнятих рішень і вчинених виконавчих дій.

Враховуючи те, що перебудова судової влади відбувалася в рамках першої судової реформи 1992 р., конституційне праворозуміння того часу визначило й нову головну мету правосуддя – прийняття судових рішень, передавши юрисдикційну функцію з їх виконання органам державної виконавчої служби.

З прийняттям профільних законів у сфері виконання судових рішень і рішень інших органів законодавцем надано імпульсу до нового наукового напрямку знань, що позначилося трансгресією сукупності знань стосовно виконання судових рішень і рішень інших органів у самостійну галузь процесуальної науки, коли наука виконавчого процесу почала виокремлюватися з науки цивільного процесуального права, з якою вона генетично пов'язана.

Це зумовило стрімкий розвиток наукових досліджень, спрямованих на вивчення виконавчого процесу, органів, що здійснюють виконання судових рішень та рішень інших органів тощо. Зокрема, на 2000-ні роки припадає більшість захищених кандидатських дисертацій з проблематики виконавчого провадження та правового регулювання діяльності державної виконавчої служби, зокрема таких авторів: С.В. Щербак («Адміністративно-правове регулювання виконавчого провадження в Україні», 2002 р.); А.І. Перепелиця («Організаційно-правові засади діяльності державної виконавчої служби в Україні», 2005 р.); О.З. Хотинська («Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства України», 2006 р.), Р.В. Ігонін («Організаційно-правові засади діяльності суб'єктів виконавчого провадження», 2007 р.); А.М. Авторгов («Адміністративно-правовий статус державного виконавця», 2008 р.); Л.В. Крупнова («Адміністративно-правовий статус працівника державної виконавчої служби України», 2008 р.), Б.М. Гук («Адміністративно-правове регулювання примусових заходів виконавчого провадження», 2010 р.); О.С. Клименко («Адміністративно-

правове регулювання діяльності державної виконавчої служби щодо примусового виконання рішення майнового характеру», 2010 р.).

У 2000-х рр. з'явилися і перші навчальні та наукові праці, спеціально присвячені виконавчому процесу – навчальні посібники (Штефан М.Й., Омельченко М.П., Штефан С.М. «Виконання судових рішень» 2001 р.; Фурса С.Я., Щербак С.В. «Виконавче провадження в Україні», 2002 р.; Білоусов Ю.В. «Виконавче провадження», 2005 р.), були видані перші науково-практичні коментарі Законів України «Про виконавче провадження» та «Про Державну виконавчу службу» тощо.

Отже, для визначення самостійності виконавчого процесу як науки підлягає окресленню об'єкт та предмет виконавчого процесу.

Об'єктом виконавчого процесу слід визначати сукупність виконавчого процесуального законодавства, інших нормативних правових актів, правотворчості, правозастосування, інших явищ та процесів правової практики, пізнання яких необхідне для обґрунтування, аргументування істинності висновків, положень, категорій, понять, закономірностей науки виконавчого процесу.

Визнання виконавчого процесу галуззю правової науки є природною реакцією науковців на накопичення величезної кількості інформації у сфері виконання судових рішень і рішень інших органів, того значного масиву нормативно-правових актів, що з'явився в ході понад 20-річного реформування виконавчого процесу, постанов Пленуму та роз'яснень судів вищих інстанцій, рішень Європейського суду з прав людини, судової практики і практики виконавців тощо.

Кожній галузі правової науки властивий предмет, який би не повторював та не дублював предмети інших юридичних наук та водночас охоплював би відповідну сферу практичної діяльності максимально повно.

Так, предметом виконавчого процесу слід вважати систему закономірностей, що визначають виконавчий процес як соціальне явище, його історичний розвиток і дію в сучасних умовах.

Певну частину знань, що являють собою предмет виконавчого процесу, за обсягом становить практичний досвід правозастосовної діяльності державних та приватних виконавців, що є першим наближенням до власне наукового пізнання, потребує усвідомлення та є практичною базою для наукових досліджень. Він охоплює явища у всіх їх різноманітні й суперечливі, але не відображає ці явища у поняттях та категоріях науки. Наступним рівнем знань про виконавчий процес є систематизовані та узагальнені у формі наукових досліджень поняття про виконавчі процесуальні норми, виконавчі процесуальні правовідносини та інститути виконавчого процесу.

Система виконавчого процесу умовно складається з декількох блоків, що мають бути взаємопов'язані і узгоджені між собою. Насамперед це блок процесуальних правовідносин, та блок питань організації примусового виконання рішень (структури) задля подолання значного розриву між процесом виконання рішень та органами і особами його здійснення, що є найбільш актуалізованим на даному етапі розвитку виконавчого процесу. Зміна існуючої в державі моделі виконання судових рішень і рішень інших органів з державної моделі на змішану чи комбіновану модель виконання рішень і впровадження приватної (недержавної) форми виконання одночасно свідчить про нові потреби суспільства та, відповідно, дає змогу дійти висновку про нерозривний зв'язок цих блоків правовідносин, які при виконанні рішень настільки тісно переплітаються та взаємодіють, що стають невід'ємними частинами одного цілого.

За таких обставин схвальною є пропозиція щодо об'єднання двох галузевих законів у один закон та здійснення правового регулювання виконавчого процесу одним нормативним актом, що визначатиме обидва зазначених блока питань виконавчого процесу, як це запропоновано законопроектом Асоціації приватних виконавців України⁹.

Крім того, ще одним важливим блоком є міжнародний виконавчий процес, адже наукові знання з примусового виконання рішень, ускладнені іноземним елементом, вивчення іноземного досвіду в цій сфері, а також відповідне відображення питань примусового виконання у міжнародних договорах, що укладаються Україною¹⁰, мають вагомe значення для виконавчого процесу в нашій країні. На розвиток науки виконавчого процесу М.М. Мальським¹¹ запропоновано визнати міжнародний виконавчий процес підгалуззю науки виконавчого процесу, що заслуговує на підтримку.

Виконавчий процес є досить молодого галуззю правових знань, чим пояснюється відсутність істотної кількості наукових досліджень, які б передували створенню профільного законодавства.

Традиційно норми, що регулюють примусове виконання судових актів та рішень інших органів, вивчалися в рамках цивільного процесуального права. Також історично основні наукові дослідження у означеній сфері належать вченим-процесуалістам, які вивчали виконавче провадження у світлі здійснення правосуддя.

З проведенням в Україні п'яти судових реформ наукові погляди на правосуддя та зв'язок правосуддя з виконанням судових рішень зазнали суттєвих змін.

Так, концептуальні засади правосуддя сучасності відображені в наукових доробках правознавців різних спеціальностей юридичної науки в опублікованих монографіях, в яких висвітлено загальнотеоретичні питання правосуддя¹², його історичні аспекти¹³, конституційні засади правосуддя¹⁴, філософські основи¹⁵ тощо.

У контексті співвідношення понять «правосуддя» та «виконання судових рішень» слід звернути увагу на монографію В.С. Бігуна «Філософія правосуддя: ідея та здійснення». Так, віддзеркаленням сутності правосуддя є його трактування у філософсько-правовому вимірі як судового здійснення ідеї права, що конкре-

тизується у смислах правосуддя¹⁶. Окреслюючи основні смисли правосуддя, автор називає такі: владний смисл (правосуддя як форма здійснення судової влади), правозахисний смисл (правосуддя як судовий захист), справедливий смисл правосуддя (правосуддя як справедливе судочинство), резолютивний смисл (правосуддя як судове вирішення конфлікту). Крім основних, до інших смислів правосуддя віднесено «правореалізаційний смисл» (правосуддя як судова правореалізація, правозастосування), балансуєчий смисл (правосуддя як судове балансування), антропологічний смисл (правосуддя як судова антропологія), ідеологічний (правосуддя як ідеологічний інструмент), виховний та запобіжний (попередження правопорушень).

У контексті висвітлення філософії правосуддя автором не згадується про виконання судового рішення як складову правосуддя.

Не згадується про це і в Конституції України, адже огляд конституційних положень свідчить про відокремлене регулювання правосуддя (ст. 124-1 Конституції України) та виконання судових рішень (ст. 129 Конституції України).

Конституційні положення щодо правосуддя стали предметом тлумачення, зокрема: «правосуддя вправі здійснювати тільки суди, створені відповідно до Конституції. Ніякий інший державний орган чи посадова особа не вправі брати на себе повноваження суду – визнавати особу винною у вчиненні злочину, призначати за нього покарання, виконувати інші функції суду» Таким чином, зазначене тлумачення вказує суб'єктний склад здійснення правосуддя – це винятково суди¹⁷, а не органи та особи, що здійснюють виконання судових рішень і рішень інших органів.

Як витлумачив Конституційний Суд України у справі Віри Хліпальської у рішенні від 15 травня 2019 р. про визнання неконституційним положення частини другої ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження» (щодо забезпечення державою виконання судового рішення)¹⁸, обов'язкове виконання судового рішення є необхідною умовою реалізації конституційного права кожного на судовий захист, а на державу покладено позитивний обов'язок держави щодо забезпечення виконання судового рішення, що передбачає створення належних національних організаційно-правових механізмів реалізації права на виконання судового рішення, здатних гарантувати здійснення цього права та обов'язковість судових рішень, які набрали законної сили, що неможливо без їх повного та своєчасного виконання.

Аналіз положень згаданого рішення Конституційного Суду України від 15 травня 2019 р. показує, що термінологічно Конституційний Суд України уникає застосування терміна «виконавче провадження», використовуючи термін «виконання судового рішення», тим самим остаточно підкреслюючи, що процесуальна діяльність державного чи приватного виконавця не вичерпується виконанням судових рішень, а охоплює ширше за обсягом коло виконавчих процесуальних правовідносин – виконання виконавчих документів інших органів, не віддаючи пріоритету виконанню саме судових рішень. Таким чином досягається й єдність процесуальної діяльності виконавців – незалежно від ухвалення (складання) виконавчих документів тим чи іншим державним органом (особою) законом встановлено одноманітний порядок їх реалізації виконавцем.

Сприйняття того, що законодавче регулювання виконання судових рішень здійснюється виходячи із загальних засад, які є єдиними при виконанні всіх виконавчих документів, що підлягають виконанню державним (приватним) виконавцем (виданих як судами, так і іншими органами), дає змогу інституціонально вести мову про виконання судових рішень лише в контексті виконавчого процесу в цілому.

При цьому концептуальний зв'язок між правосуддям (судочинством) та виконанням судових рішень має забезпечуватися єдністю цивілістичного процесу (в даному випадку цивільного та виконавчого процесів), що повинно досягатися його цивілістичними характеристиками та властивостями – характером юрисдикції, матеріальних правовідносин, в основу яких покладено права та обов'язки їх носіїв, спільною правовою метою – охороною, захистом та відновленням порушеного суб'єктивного права, наявністю спільних інститутів, приватним характером інтересу особи тощо¹⁹.

Наявність відокремленого предмета наукового пізнання стає об'єктивною підставою формування тієї чи іншої галузі правової науки, однак лише як можливість. Для того, щоб сукупність знань щодо відповідної сфери правової практики або правової науки могла претендувати на статус галузі науки та була згодом визнана як така, вона має відповідати трьом додатковим критеріям²⁰.

Галузь правової науки формується лише тоді, коли наявні сталі наукові та практичні потреби в пізнанні закономірностей відокремленої сфери правової діяльності.

Розглядаючи зазначену передумову кризь призму виконавчого процесу, слід наголосити на тому, що наявність потреб у пізнанні закономірностей виконавчого процесу у практичній площині стала підставою для постійного реформування, що пов'язано з вирішенням проблеми неефективності виконання судових актів та рішень інших органів.

Навіть на законодавчому рівні виконавчий процес зазнав таку чисельну кількість змін, якої не знає жодна галузь правової науки – двічі приймався Закон України «Про виконавче провадження» (при цьому до першого Закону України «Про виконавче провадження» № 606-XIV від 21 квітня 1999 р. зміни вносилися 71 раз, а вже до другого Закону України «Про виконавче провадження» № 606-XIV від 2 червня 2016 р. – 18 разів).

Протягом тривалого часу не вдавалося вирішити ключових проблем виконавчого процесу, серед яких слід назвати такі, як надзвичайно велика кількість невиконаних рішень судів та інших органів, порушення строків виконавчого провадження, надмірна завантаженість виконавців (до 4000 проваджень на рік), низькі заробітні плати; відсутність мотивації працівників до сумлінного виконання своїх посадових обов'язків; неефективна організаційна структура, відсутність дієвих механізмів контролю, недовіра громадян тощо.

Вагомим чинником виступило й те, що знання у сфері виконання судових рішень набули прикладного значення у суспільстві – не лише серед державних виконавців та суддів і у середовищі юристів, а й громадян та юридичних осіб, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, на яких поширюється законна сила судових рішень або які мають їх виконувати.

Черговий етап реформування виконавчого процесу позначився прийняттям пакету законів одного дня – 2 червня 2016 р. Це були зміни до Конституції України в частині правосуддя, було прийнято новий Закон України «Про судоустрій і статус суддів» та нові профільні закони – «Про виконавче провадження» та «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання рішень судів та інших органів».

При конструюванні нової української моделі виконання появою нової юридичної професії (приватного виконавця) та визначення його статусу враховано світовий досвід систем примусового виконання рішень судів (переважно європейських країн), потреби гармонізації вітчизняних підходів до загальноєвропейських стандартів у сфері виконання рішень, у результаті чого зроблено акценти саме на французьку, грузинську та болгарську моделі виконання.

У силу особливостей свого статусу приватний виконавець є суб'єктом незалежної професійної діяльності, тобто особою вільної професії, та фактично надає послуги з примусового виконання рішень, тому ці питання потребують відповідного регламентування і наукового аналізу тощо. Наприклад, чи може приватний виконавець виступати в якості фактора і викупити у клієнта право вимоги до боржника в силу положень ст. 1077 ЦК України, адже це питання виникне в майбутньому. Так, у США адвокатські компанії викупають право вимоги і доводять процес до реального виконання.

Сучасний стан правового регулювання виконавчого провадження не відповідає вимогам сьогодення та є логічно суперечливим: відповідно до законодавства виконавче провадження здійснюється органами державної виконавчої служби та приватними виконавцями, перші з яких структурно входять до системи органів виконавчої влади, а державні виконавці є державними службовцями, приватні ж виконавці є особами, які здійснюють незалежну професійну діяльність, та одночасно є завершальною стадією судового провадження.

Відсутність системності в нормах Закону України «Про виконавче провадження» та наявність прогалин, що не можуть усуватися правозастосуванням, викликають потребу в науковому підході до структурування норм законодавства тощо.

Пошук оптимального балансу приватних та публічно-правових засад, координація дій учасників процесу з метою задоволення приватних інтересів особи визначає шляхи подальшого розвитку сучасного виконавчого процесу, при цьому слід зазначити про можливість виявлення як публічних, так і приватних елементів у правовому регулюванні виконавчих процесуальних правовідносин, наявність як приватного, так і публічного інтересу у виконавчому процесі, поєднання приватної та публічної природи правовідносин, що виникають при здійсненні виконавчого процесу²¹.

Посилення ролі приватного інтересу стягувача або боржника, вільний вибір реалізації своїх прав при виконанні вимог виконавчого документа стороною виконавчого процесу, розширення диспозитивних засад виконавчого процесу має посісти належне місце у правовому регулюванні виконавчих процесуальних правовідносин.

Зрештою, залишається не знятою й проблема предметності галузі: науковці розходяться в думках щодо природи дослідження організації (структури) виконання рішень, належність державної виконавчої служби до виконавчої влади спрямовує наукові дослідження в межах науки адміністративного права (Калінін Р.С. «Адміністративні процедури у виконавчому провадженні за законодавством України», 2013 р.; Чумак О.О. «Адміністративно-правові засади діяльності державної виконавчої служби в Україні в умовах реформування органів виконавчої влади», 2016 р.; Макушев П.В. «Державна виконавча служба в Україні: адміністративно-правове дослідження», 2017 р.; Крупнова Л.В. «Система виконавчого провадження в Україні: теоретико-правові та праксеологічні аспекти», 2018 р.; Педан А.І. «Адміністративно-правові відносини у сфері виконавчого провадження в Україні», 2019 р.).

Перспективи розширення повноважень приватних виконавців, зростання їх чисельності та популяризація нової професії у суспільстві надають надію щодо досягнення мети запровадження у виконавчому процесі недержавної форми виконання, яка полягала й у оптимізації (скороченні чисельності) державних виконавців, що не потребуватиме розгалуженої системи органів виконання.

Критерієм самостійності виконавчого процесу як галузі науки виступає специфічний прояв принципу верховенства права, на дотримання якого спрямовані положення чинного галузевого законодавства щодо доступу до виконання, досягнення європейських стандартів виконання, розумності строків у виконавчому процесі, заборони свавілля, зокрема при зверненні стягнення на майно боржника, захисту права власності, майнового імунітету боржника, ефективності та швидкості збору інформації щодо боржника. Доречно нагадати про відсутність виконавців серед кола суб'єктів застосування під час здійснення виконавчого провадження Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та практики Європейського суду з прав людини як джерел права, що прямо витікає з положень ч. 1 ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV. Виконавці здійснюють правозастосування в ході своєї діяльності, однак, на відміну від суду, позбавлені права здійснювати правотлумачення, яке означає, що ні державний, ні приватний виконавець не можуть при винесенні процесуальних документів з'ясувати зміст нормативно-правових актів чи здійснювати їх роз'яснення навіть при виникненні складних правових ситуацій²².

Втілення принципу верховенства права у виконавчому процесі не вичерпується закріпленням у нормативних актах виконавчих процедур та чітких правил здійснення виконавчого процесу, а й полягає у якості виконавчого процесуального законодавства в цілому та відображення у ньому сучасних тенденцій розвитку суспільного життя, оскільки чинне законодавство не має бути відірваним від життя.

Наступна передумова виникнення науки виконавчого процесу – це наявність спеціалістів, здатних здійснювати аналіз відокремленої сфери правової діяльності на належному науковому рівні та забезпечити формування цілісної, логічно несуперечливої системи знань.

Фундатором створення в Україні такої правової науки, як виконавчий процес слід визнати доктора юридичних наук, професора С.Я. Фурсу²³. Під її науковим керівництвом захищені кандидатські (Євтушенко О.І. «Особливості визнання та виконання рішень іноземних судів», 2005 р.; Ляшенко Р.О. «Приведення судових рішень у цивільних справах до примусового виконання», 2013 р.; Вінциславська М.В. «Суб'єкти виконавчого процесу», 2014 р.; Дерій О.О. «Аліментні зобов'язання у цивільному процесі», Сергієнко Н.А. «Взаємодія судів з органами державної виконавчої служби при виконанні судових рішень у цивільних справах в Україні», 2015 р.; Зеленкова І.І. «Процедура звернення стягнення на майно боржника у виконавчому процесі», 2017 р.) та докторські (Кармаза О.О. «Концепції охорони та захисту житлових прав в цивільному процесі», 2014 р.; Кучер Т.М. «Теорія доведення в цивільному процесі», 2017 р.; Мальський М.М. «Теоретичні основи міжнародного виконавчого процесу», 2020 р.; Бондар І.В. «Теоретичні основи особистих немайнових правовідносин», 2020 р.) дисертації з проблем виконавчого процесу. сформована наукова школа вчених-однодумців²⁴, що після захисту дисертацій продовжують свої наукові дослідження на стезі виконавчого процесу та з 2011 р. функціонує єдина в Україні кафедра нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка зі спеціалізацією для ОС «Магістр» – «Виконавче право та процес», де студентам викладається 13 спецкурсів з виконавчого процесу²⁵.

Система знань може визнаватися науковою спільнотою як самостійна галузь правової науки лише після того, як буде обґрунтована специфіка її предмета, з'ясована та розкрита та чи інша частина закономірностей, що становлять цей предмет, структура галузі та створено її ядро на рівні логічно цілісної, повної та обґрунтованої теорії.

Вироблення теорії виконавчого процесу полягає у наукових пошуках предмета та системи виконавчого процесу, його методології, джерел, принципів, функцій, розробленні понятійного апарату науки та, безумовно, відображатися у дисертаційних і монографічних дослідженнях, підручниках та навчальних посібниках з проблематики виконавчого процесу.

Слід цілком підтримати пропозицію С.Я. Фурси про необхідність виокремлення та внесення до класифікатора галузей правової науки нової галузі – виконавчого процесу, оскільки ті істотні зміни, які відбулися в організаційній структурі, а саме виокремлення судових виконавців із структури судів та створення Державної виконавчої служби пройшли непоміченими для науки, оскільки виконавче провадження до сих пір входить до спеціальності: 12.00.03, а саме: віднесено до цивільного процесу²⁶ та додати, що таких змін не відбулося й тоді, коли юрисдикційну функцію з виконання судових рішень і рішень інших органів покладено й на приватних виконавців. Сьогодні на Міністерство освіти і науки України покладено й функції Державної атестаційної комісії, за таких обставин ним має бути оновлений перелік спеціальностей, за якими відбувається захист дисертаційних досліджень з урахуванням змін у правовій системі України.

Доречно вказати й на те, що, на жаль, у багатьох юридичних ВНЗ не викладається така дисципліна, як «Виконавчий процес» або зазначена дисципліна віднесена до числа вибіркової дисципліни, що не надає студентам набути необхідного обсягу знань, необхідного для практичної діяльності.

Висновки. Потенціал знань у сфері виконання судових рішень і рішень інших органів має бути втілений в необхідний набір юридичних норм, що виступають як особлива нормативна цілісність, та, відповідно, відображати соціальне призначення (соціальну природу) виконавчого процесу в громадянському суспільстві. Цьому має сприяти наука виконавчого процесу, категорії якої ще потребують встановлення, уточнення й удосконалення з урахуванням тих потреб та вимог, що ставляться перед виконавцями суб'єктами виконавчих процесуальних правовідносин та суспільством.

¹ Кармаза О.О. Концепції охорони та захисту житлових прав в цивільному процесі: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2014. 36 с.

² Бакаєнова Н.М. Предмет, об'єкт та методологія науки про адвокатуру. *Актуальні проблеми держави і права*. 2017. № 76. С. 3–9.

³ Теорія нотаріального процесу: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ, 2012. 920 с.

⁴ Чернадчук В.Д. Становлення та розвиток української науки фінансового права: монографія. Суми: Видавничо-виробниче підприємство «Мрія», 2017. 208 с.

⁵ Арістова І.В. Становлення науки «інформаційне право»: питання методології (частина перша). *Публічне право*. 2016. № 2. С. 245–253.

⁶ Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. Москва: Норма, Инфра. М, 2012. 464 с. С. 93.

⁷ Реформа виконавчої служби ризикує бути похованою. *Судово-юридична газета*. 2017. 11 жовтня. URL: <https://sud.ua/uk/news/sud-info/109515-reforma-ispolnitelnoy-sluzhby-riskuet-byt-pokhoronenoj>

⁸ Заворотько П.П., Пастухов В.П. Виконання судових рішень в Українській РСР (історико-правовий нарис). Київ: Вища школа, 1973. 216 с.

⁹ Пріоритетні законодавчі зміни. Реформа виконавчого провадження: матеріали круглого столу про обговорення нової редакції Законопроекту «Про виконавче провадження» / Проект ЄС «Право-Justice». 7.11.2019 р. Київ, 2019. 101 с.

¹⁰ Мальський М.М. Міжнародний виконавчий процес: теорія та практика: монографія. Дрогобич: Коло, 2019. 470 с.

¹¹ Мальський М.М. Теоретичні основи міжнародного виконавчого процесу: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2020. С. 5.

¹² Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення / А.М. Бернюков, В.С. Бігун, Ю.П. Лобода, Б.В. Малишев, С.П. Погребняк, С.П. Рабінович, В.С. Смородинський, О.В. Стовба ; В.С. Бігун (відп. ред.). Київ, 2009. 316 с. URL: http://bihun.in.ua/fileadmin/publications/Justice_as_Judicial_Process_Ukraine_Bihun_Monograph.pdf; Фурсов Д.А., Харламова І.В. Теорія правосуддя в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Москва: Статут, 2009. Том первый: Теория и практика организации правосудия. 524 с.

¹³ Полянский Н.Н., Строгович М.С., Савицкий В.М., Мельников А.А. Проблемы судебного права. Москва: Наука, 1983. 223 с.

¹⁴ Селіванов А.О. Верховенство права в конституційному правосудді. Аналіз конституційної юрисдикції. Предмет конституційного права у вимірі конституційної юрисдикції. Київ; Харків: Академія правових наук України, 2006. 400 с. Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм: монографія / ЮФ «Салком». Науково-аналітичний центр. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 560 с.

¹⁵ Власов В.И. Философия правосудия в диалогах. Москва: РАГС Издательство, 2010. 335 с.

¹⁶ Бігун В.С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення: монографія. Київ, 2011. С. 105–130.

¹⁷ Коментар до Конституції України / 2-е вид., випр. та доп. Київ: Інститут законодавства ВР України, 1998. 412 с. С. 289.

¹⁸ Рішення Другого сенату Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Хліпальської Віри Василівни щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 26 Закону України «Про виконавче провадження» (щодо забезпечення державою виконання судового рішення). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-1913>

¹⁹ Щербак С.В. Виконавчий процес в теорії цивільного процесу. *Електронний науковий юридичний журнал*. 2019. № 1. С. 75–78.

²⁰ Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. Москва.: Норма, Инфра. М, 2012. 464 с. С. 94.

²¹ Щербак С.В. Публічні та приватні засади в правовому регулюванні виконавчих процесуальних правовідносин. *Цивільна процесуальна думка: науково-практичний журнал*. 2018. № 1. С. 64–68.

²² Щербак С.В. Процесуальна діяльність виконавців як предмет науки виконавчого процесу: виклики сьогодення. *Актуальні проблеми виконавчого процесу України: теорія і практика*: IV Міжнародна наук.-практ. конференція: зб. наук. статей / за заг. ред. д.ю.н., проф. Фурси С.Я. (м. Київ, 6 грудня 2019 р.). Київ: Видавець Позднішев, 2019. С. 42–45.

²³ Фурса С.Я. Становлення та розвиток нових процесуальних галузей правової науки в Україні. *Проблеми процесуальної науки: історія і сучасність*: зб. наук. праць Другої міжнародної наук.-практ. конференції. Київ, 2010. С. 11–15.

²⁴ Нікітюк О.М. Правова наукова школа Фурси С.Я. / упоряд. к.ю.н., проф. Фурса Є.І., асп. Нікітюк О.М. Київ: Алерта, 2016. 456 с.

²⁵ Фурса С., Снідевич О. Міжгалузеві зв'язки виконавчого провадження із господарським судочинством: проблеми науки, виконавчої та судової практики (у контексті необхідності відокремлення нової галузі правової науки – виконавчого процесу. *Юридичні науки*. 2013. № 2 (96). С. 19–22.

²⁶ Фурса С.Я. Новий погляд на традиційне сприйняття правової процесуальної науки та підготовку фахівців. *Цивільна процесуальна думка*: зб. наук. статей / за заг. ред. Фурси С.Я. Київ: ПАЛІВОДА А.В., 2012. 528 с.

Резюме

Щербак С.В. Наука виконавчого процесу: передумови виникнення.

Розкрито передумови виникнення науки виконавчого процесу, до яких віднесено наявність самостійної сфери виконавчого процесу, що наділена специфічними закономірностями функціонування та розвитку, наявність наукових та практичних потреб у пізнанні виконавчого процесу, спеціалістів-науковців, які спеціалізуються на дослідженні проблем виконавчого процесу, формування теорії виконавчого процесу, визнання виконавчого процесу науковою спільнотою, сформульовано об'єкт та предмет науки виконавчого процесу, перспективи становлення та подальшого розвитку науки виконавчого процесу.

Ключові слова: правова наука, виконавчий процес, наука виконавчого процесу, предмет науки виконавчого процесу, теорія виконавчого процесу, передумови виникнення науки.

Резюме

Щербак С.В. Наука исполнительного процесса: предпосылки возникновения.

Раскрыты предпосылки возникновения науки исполнительного процесса, в частности наличие самостоятельной сферы исполнительного процесса, наделенной специфическими закономерностями функционирования и развития, наличие научных и практических потребностей в познании исполнительного процесса, специалистов, исследующих проблемы исполнительного процесса, формирование теории исполнительного процесса, признание исполнительного процесса научным сообществом, сформулированы объект и предмет науки исполнительного процесса, перспективы становления и дальнейшего развития науки исполнительного процесса.

Ключевые слова: правовая наука, исполнительный процесс, наука исполнительного процесса, предмет исполнительного процесса, теория исполнительного процесса, предпосылки возникновения науки.

Summary

Svitlana Shcherbak. The science of the executive process: the prerequisites.

The article reveals the prerequisites for the emergence of science of the executive process, which includes the presence of an independent sphere of the executive process, endowed with specific patterns of functioning and development, the presence of scientific

and practical needs in cognition of the executive process, scientists specializing in research executive process, recognition of the executive process by the scientific community.

To determine the independence of the executive process as a science, the object and subject of the executive process are outlined.

The object of the executive process is proposed to determine a set of executive procedural legislation, other regulations, lawmaking, law enforcement, other phenomena and processes of legal practice, knowledge of which is necessary to substantiate, justify the conclusions, provisions, categories, concepts, laws of executive process.

It is suggested that the subject of the executive process should be considered a system of laws that define the executive process as a social phenomenon, its historical development and operation in modern conditions.

A certain part of the knowledge that is the subject of the executive process, in terms of practical experience of law enforcement activities of public and private performers, which is the first approximation to the actual scientific knowledge, requires awareness and is a practical basis for research. It covers phenomena in all their diversity and contradictions, but does not reflect these phenomena in the concepts and categories of science. The next level of knowledge about the executive process is systematized and generalized in the form of scientific research concepts of executive procedural rules, executive procedural legal relations and institutions of the executive process.

The system of executive process conditionally consists of several blocks which should be interconnected and coordinated among themselves. First of all, it is a block of procedural legal relations, and a block of issues of organization of enforcement of decisions (structure) to overcome the significant gap between the process of execution of decisions and bodies and persons of its implementation, which is most relevant at this stage of enforcement process. The change of the existing model of execution of court decisions and decisions of other bodies from the state model to a mixed or combined model of execution of decisions and introduction of private (non-state) form of execution simultaneously indicates new needs of society and, accordingly, allows to conclude about inseparable connection of these blocks. legal relations, which in the implementation of decisions are so closely intertwined and interact that they become integral parts of one whole.

In addition, another important block is the international enforcement process, because scientific knowledge of enforcement of decisions complicated by a foreign element, the study of foreign experience in this area, as well as the appropriate reflection of enforcement in international treaties concluded by Ukraine are a large array of issues executive process.

Key words: legal science, executive process, the science of the executive process, theory of executive process, the object of executive process, prerequisites for the emergence of science.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.35

УДК: 347.6

Т.О. БОРДЮГ

*Тетяна Олександрівна Бордюг, аспірантка Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-3300-8653

МАТЕРІАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ УЧАСТІ ДІТЕЙ У СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Постановка проблеми. Спадкові правовідносини та їх правове регулювання своїм корінням сягають у глибоку давнину. Незважаючи на це, постійний розвиток суспільства, економічні та соціально-політичні зміни, глобалізаційні та інтеграційні процеси спричинюють нові виклики для правового регулювання спадкових правовідносин, які б несли вирішення сучасним проблемам і враховували нові тенденції сьогодення. У цих нових умовах постає питання про участь дітей у спадкових правовідносинах, про комплекс їх прав та обов'язків, які вони можуть чи навпаки не можуть реалізовувати самостійно, про забезпечення їх безпосередньої та особистої участі у реалізації цих прав та виконання покладених законом обов'язків. Це і зумовлює актуальність теми дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Спадкові правовідносини у матеріальному праві вивчалися такими відомими вченими, як І.А. Бірюков, О.В. Дзера, Ю.О. Заїка, Л.О. Кармаза та О.М. Клименко, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданик, Є.О. Рябоконь, С.Я. Рабовська, Є.О. Харитонов, С.Я. Фурса, Є.І. Фурса та інші. Праці цих вчених присвячені різним аспектам спадкових правовідносин, проте питання саме участі дітей у спадкових правовідносин та матеріально-правових засад для цього з урахуванням сучасних тенденцій та в рамках чинного правового регулювання потребує подальшого дослідження.

Тому **мета статті** полягає у тому, щоб проаналізувати матеріально-правові аспекти участі дітей у спадкових правовідносинах.

Виклад основного матеріалу. У юридичній літературі вказується на те, що «спадкування охоплює такі групи правовідносин: 1) матеріально-правові з переходом спадщини від спадкодавця до спадкоємця; 2) процесуально-правові – із вчиненням юридично-значущих процедур, що забезпечують спадкування; 3) процесуально-реєстраційні, що забезпечують набуття права власності та інших речових прав на нерухоме та інше

© Т.О. Бордюг, 2020

* *Tetiana Bordiug, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

майно»¹. Проте при всій повазі до вчених, які обґрунтовують таку позицію, вона, на нашу думку, потребує уточнення – не вбачається доцільним виносити «процесуально-реєстраційні» відносини в окрему групу.

Здійснення реєстрації прав власності є також правовідносинами. Інакше кажучи, процес реєстрації не виходить за межі правовідносин, а тому окремих «реєстраційних відносин» не існує. Відповідно, немає підстав їх відокремлювати від процесуально-правових відносин. Тому, на наш погляд, реєстрація права власності та інших речових прав, що переходять до спадкоємців, здійснюється в межах процесуально-правових відносин. Проте можна було б говорити про те, що в цій групі процесуальних відносин виділяються правовідносини, пов'язані із «вчиненням юридично-значущих процедур, що забезпечують спадкування», і правовідносини, пов'язані із реєстрацією набутих прав у результаті спадкування.

Професори С.Я. Фурса та Є.І. Фурса, позицію яких ми вважаємо обґрунтованою, розглядають чотири види спадкування: за законом, за заповітом, за правом на обов'язкову частку та спадкування речей звичайної домашньої обстановки та вжитку².

Відповідно до положень ст. 1241 ЦК малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки спадкують, незалежно від змісту заповіту, половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка)³. Виходячи з цього, малолітні та неповнолітні особи в силу прямої вказівки закону насамперед є спадкоємцями за правом на обов'язкову частку, проте їх спадкування за іншими видами також не обмежується. Відповідно, діти можуть спадкувати за всіма видами спадкування, у тому числі й предметів домашнього вжитку.

При цьому законом у ч. 2 ст. 1241 ЦК встановлено, що до обов'язкової частки у спадщині зараховується вартість речей звичайної домашньої обстановки та вжитку, вартість заповідального відказу, встановленого на користь особи, яка має право на обов'язкову частку, а також вартість інших речей та майнових прав, які перейшли до неї як до спадкоємця⁴. Таким чином, якщо йдеться про дітей, які одночасно можуть спадкувати і обов'язкову частку, і предмети побутового вжитку, то спадкування ними обов'язкової частки «поглинає» спадкування предметів домашнього вжитку.

Проте законом конкретно не визначено, як бути у випадку, коли дитина може бути одночасно спадкоємцем за заповітом і за правом на обов'язкову частку. У таких випадках ці частки будуть плюсуватися чи одна (більша) буде поглинати меншу? Чи взагалі буде йтися про вибір, як спадкувати – за правом на обов'язкову частку чи за заповітом?

Схоже питання уже порушувалося професорами С.Я. Фурсою та Є.І. Фурсою, якими було запропоновано доповнити ст. 1241 ЦК положенням про те, щоб за наявності заповіту, у якому визначено спадкодавцем розмір частки особи, яка має право спадкувати за правом обов'язкової частки, така особа має спадкувати за заповітом, а спадкування за правом обов'язкової частки не повинно застосовуватися⁵.

Ми погоджуємося із такою позицією з наступних міркувань. По-перше, остання воля спадкодавця, виражена ним у заповіті, не повинна порушуватися, у тому числі й у випадку спадкування за правом обов'язкової частки. По-друге, за загальним правилом, при існуванні заповіту спадкування здійснюється відповідно до вираженої в ньому волі спадкодавця, а не за законом, тобто спадкування за заповітом превалює над спадкуванням за законом. Спадкування за правом обов'язкової частки встановлено вказівкою закону. Відповідно, юридична сила заповіту у цьому випадку повинна визнаватися більшою, аніж вказівка закону щодо обов'язкової частки. Виходячи з цього, у разі, коли особа, у нашому випадку – це дитина, буде вказана у заповіті, то вона повинна успадкувати саме ту частку, яка вказана в заповіті, тобто спадкувати за заповітом, а не за правом обов'язкової частки. Тому ми пропонуємо доповнити ст. 1241 ЦК положенням, яке б визначало таку пріоритетність спадкування у разі такого збігу обставин.

Відповідно, ми також вважаємо, що не слід говорити про те, що особа може вибирати, як їй спадкувати – за правом на обов'язкову частку чи за заповітом, а також і про те, чи буде поглинатися обов'язкова частка тією, що визначена заповітом, чи навпаки. Законом повинно бути чітко розмежовано ці види спадкування, щоб не допускати зловживань та порушень останньої волі спадкодавця. Разом із тим, якщо спадкодавець не включив дитину в заповіт, то вона повинна спадкувати за правом на обов'язкову частку в тому розмірі, який визначено вказівкою закону. Тому наші попередні пропозиції стосуються усунення колізій стосовно визначення частки, яка має спадкуватися, а не права спадкування як такого. Сам підхід законодавця до встановлення обов'язкової частки ми підтримуємо, оскільки соціально незахищені особи, такі як діти, потребують захисту їх прав у випадку, коли вони могли бути не включені до спадкоємців і коли частка дитини не була визначена у заповіті взагалі. Але якщо спадкодавець визначив її частку в заповіті, то ця воля спадкодавця повинна мати більше юридичне значення, аніж вказівка закону щодо розміру обов'язкової частки.

Зрозуміло, що у випадку відсутності заповіту спадкування дітьми буде здійснюватися за законом, а не за правом на обов'язкову частку, яка передбачена на випадок саме наявності заповіту. Обов'язкова частка визначена ст. 1241 ЦК у розмірі половини частки, яка б належала у разі спадкування за законом, тобто частка спадщини при спадкуванні за законом буде більшою, аніж обов'язкова частка. Тому при відсутності заповіту дитина просто спадкуватиме за законом і отримає належну їй частку спадкового майна у рівних частинах з іншими спадкоємцями однієї з нею черги.

Окрім цього, у теорії та практиці наголошується на тому, що неповнолітні емансиповані діти не втрачають свого права на обов'язкову частку незалежно від того, що їм була надана повна цивільна дієздатність⁶. Ми підтримуємо таку позицію, оскільки хоча неповнолітні й були емансиповані, вони все одно не втратили свого стану неповнолітніх, права яких і захищаються даною нормою, не втратили право за захист державою

своїх інтересів саме як дітей, а тому, відповідно, і зберігають своє право на ті законодавчі «привілеї», які передбачені для них як для дітей.

Відповідно до положень ст. 1222 ЦК спадкоємцями за заповітом і за законом можуть бути фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини, а також особи, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини⁷. Таким чином, закон захищає права зачатої, але ще не народженої дитини. Разом із тим йдеться не про те, що ненароджена дитина буде спадкувати, а про те, що її спадкові права як народженої в майбутньому захищаються в силу прямої вказівки закону. Інакше кажучи, закон не передбачає можливості спадкувати ще ненародженій дитині, у ньому говориться про те, що спадкуватиме народжена у майбутньому дитина. Саме тому розподіл та оформлення спадщини відкладається до моменту народження такої дитини.

При цьому вченими слушно вказується на те, що зачата за життя спадкодавця та народжена після його смерті дитина буде визнаватися дитиною спадкодавця лише тоді, коли мати дитини перебувала у шлюбі із спадкодавцем, а сама дитина народиться у 10-місячний термін від часу відкриття спадщини; у інших випадках нотаріус може просити заінтересованих осіб звернутися до суду для встановлення факту батьківства⁸.

Отже, можемо говорити про те, що дитина, яка народжується у шлюбі, все-таки більш захищена, втім, як і сама дружина. Відомо, що дружина і діти належать до першої черги спадкування, у той час як спільне проживання (у не зареєстрованому шлюбі) дає право одному із подружжя спадкувати лише у п'ятій черзі. Також у цьому випадку для належного захисту прав зачатої, але не народженої дитини, потрібно буде вжити додаткових заходів, а саме звернутися до суду для встановлення факту батьківства. Тому вбачається, що після відкриття спадщини при відсутності факту реєстрації шлюбу мати зачатої, але ще не народженої дитини повинна звернутися до нотаріуса і повідомити про таку зачатку дитину, щоб нотаріус відклав видачу свідоцтв про право на спадщину іншим спадкоємцям.

При цьому якщо у випадку, коли дитина народжується в результаті шлюбу, нотаріальне провадження відкладається до моменту народження дитини, то у випадку, коли потрібно встановити факт батьківства, нотаріальне провадження може відкладене до встановлення такого. Звісно, закон не обмежує право особи встановлювати батьківство ще під час вагітності, але вбачається, що логічно було б дочекатися народження дитини, тоді звернутися до суду для встановлення батьківства, а потім знову звернутися до нотаріуса з відповідними доказами судового рішення та/чи свідоцтва про народження дитини, у якій батьком дитини вписаний спадкодавець за рішенням суду.

Відповідно до положень ст. 1268 ЦК малолітня, неповнолітня, недієздатна особа, а також особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків, встановлених частинами другою – четвертою ст. 1273 цього Кодексу⁹, тобто крім тих випадків, коли буде подана відмова від спадщини. І хоча дана стаття встановлює автоматичне прийняття спадщини дітьми стосовно їх частки за заповітом, за законом чи за правом спадкування обов'язкової частки, закон передбачає також і можливість подання заяви від імені малолітньої чи неповнолітньої особи чи самою неповнолітньою особою.

Так, ст. 1269 ЦК передбачено, що спадкоємець, який бажає прийняти спадщину, але на час відкриття спадщини не проживав постійно із спадкодавцем, має подати нотаріусу або в сільських населених пунктах – уповноваженій на це посадовій особі відповідного органу місцевого самоврядування заяву про прийняття спадщини. Заяву про прийняття спадщини від імені малолітньої, недієздатної особи подають її батьки (усиновлювачі), опікун. При цьому особа, яка досягла 14 років, має право подати заяву про прийняття спадщини без згоди своїх батьків або піклувальника¹⁰.

Проте відмовитися від прийняття спадщини неповнолітня особа може лише за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника і органу опіки та піклування, відповідно до ст. 1273 ЦК. У свою чергу і батьки (усиновлювачі) можуть відмовитися від прийняття спадщини, належної малолітній особі, лише з дозволу органу опіки та піклування. Тобто і питання прийняття спадщини дитиною не може вирішуватися лише батьками на власний розсуд, а має бути отримано також і дозвіл органів опіки та піклування. Відповідно, якщо нотаріусу буде подана відмова від прийняття спадщини батьками (усиновлювачами) малолітньої особи без дозволу органу опіки та піклування, то таку заяву він не повинен приймати, а має роз'яснити даним особам необхідність звернення до органів опіки та піклування. Також якщо до нотаріуса звернеться неповнолітня особа із заявою про відмову від спадщини без згоди батьків і органів опіки та піклування, то нотаріус так само не повинен приймати прийняти цю заяву, а має роз'яснити неповнолітній дитині необхідність надання згоди батьків і дозволу органів опіки та піклування.

При цьому вбачається, що в такому випадку нотаріусу доцільно було б зв'язатися із батьками такої неповнолітньої особи, яка діє самостійно та має наміри відмовитися від спадщини, повідомити про дії дитини та роз'яснити необхідність надання їх згоди, дозволу органів опіки та піклування, правові наслідки відмови. Це б посприяло належному розумінню ситуації неповнолітньою особою та її батьками, а тому й належній реалізації її прав.

Разом із тим даною нормою не передбачено, що згода може бути подана лише одним із батьків, якщо інший не бере участі у вихованні дитини та не виконує щодо неї своїх обов'язків, як це встановлено для надання згоди на вчинення нотаріально посвідчуваних правочинів неповнолітніми. Проте на дану ситуацію із наданням згоди на відмову від спадкування доцільно було б поширити подібний порядок за аналогією, тобто передбачити можливість надавати згоду одного із батьків (зрозуміло, що разом зі згодою органів опіки та піклування).

При цьому такі обставини невиконання батьківських обов'язків іншим із батьків повинні підтверджуватися рішенням суду, а встановлюватися судом, у свою чергу, вони повинні у рамках справи про позбавлення батьківських прав. Якщо ж цього не було, то, відповідно, згода на відмову від спадщини повинна надаватися обома батьками (усиновлювачами), а нотаріус, відповідно, повинен приймати таку згоду лише від обох батьків. Варто зазначити, що наразі на практиці у нотаріуса немає навіть формальних підстав прийняти згоду лише одного з батьків на відмову від спадщини, оскільки це не передбачено законом. Тому ми пропонуємо внести відповідні зміни, щоб передбачити таку можливість подання згоди лише одним із батьків.

Виходячи з викладеного, можемо зробити висновок про те, що стосовно дітей діє інший принцип, презумпція, у питанні прийняття спадщини, аніж як це встановлено за загальним правилом. Оскільки за загальним правилом особа вважається такою, що не прийняла спадщину, якщо не подала заяву про прийняття спадщини у 6-місячний термін. А діти навпаки вважаються такими, які прийняли спадщину, якщо вони самі (неповнолітні особи) чи від їх імені не було подано відмову від прийняття спадщини.

Стаття 1296 ЦК закріплює право спадкоємців на отримання свідоцтва про право на спадщину. Стаття 1298 ЦК встановлює, що свідоцтво про право на спадщину видається спадкоємцям після закінчення шести місяців з часу відкриття спадщини, а якщо заповіт складено на користь зачатої, але ще не народженої дитини, видача свідоцтва про право на спадщину і розподіл спадщини між усіма спадкоємцями може відбутися лише після народження дитини. Це ж положення застосовується також щодо дитини, зачатої за життя спадкодавця, але народженої після його смерті, у разі спадкування за законом¹¹.

Окрім цього, закон також встановлює обов'язок отримати свідоцтво про прийняття спадщини. Законом визначено, що коли у складі спадщини є майно та/або майнові права, які обтяжені, та/або нерухоме майно та інше майно, щодо якого здійснюється державна реєстрація, спадкоємець зобов'язаний звернутися до нотаріуса або в сільських населених пунктах – до уповноваженої на це посадової особи відповідного органу місцевого самоврядування за видачею йому свідоцтва про право на спадщину на таке майно (ст. 1297 ЦК).

При цьому вбачається, що спадщини нині зазвичай включають і нерухоме майно, тому можна визнати загальним правилом обов'язок спадкоємців отримувати свідоцтво про право на спадщину. Відповідно, у разі спадкування дитиною нерухомого майна її батьки (усиновителі) або ж неповнолітня особа самостійно повинні звернутися до нотаріуса для отримання свідоцтва про право на спадщину. Цікаво, що закон, встановлюючи даний обов'язок, не передбачає ніякої відповідальності за його невиконання, хоча здається, що логічним би було це зробити.

У ході аналізу даної норми постає також питання: «Чи може дитина успадкувати майно/майнові права, які обтяжені?» Мається на увазі у будь-якому випадку: чи то при спадкуванні за законом, за заповітом чи за правом на обов'язкову частку? З одного боку, спадщина передбачає весь комплекс прав і обов'язків, а тому спадкоємці спадкують в рівних частинах, як права, так і обов'язки спадкодавця. З цих міркувань варто відповісти стверджувально, що діти також можуть успадкувати і обтяжене майно. З іншого боку, такий підхід щодо дітей викликає певні заперечення. Наприклад, якщо до складу спадщини входить квартира, яка під заставою – в іпотеці під кредит у банку, то як дитина може прийняти це майно, якщо вона не має змоги погасити одноразовим платежем чи за домовленістю продовжувати виплачувати кредит? Здавалося б, можна визначити, що діти спадкують лише майно не обтяжене, щоб інші спадкоємці спадкували таке майно, але це, по-перше, не дуже справедливо стосовно останніх, а, по-друге, такий підхід не може застосовуватися взагалі у разі, коли дитина є єдиним спадкоємцем. Відповідно, потрібно або приймати, або не приймати таку спадщину, тому що вона спадкується вся, і прийняти одну частину, а не прийняти іншу не можна.

У цьому контексті виникають питання також і до того підходу, що дитина вважається такою, яка прийняла спадщину, тобто автоматично, оскільки як дитина автоматично може прийняти спадщину із обтяженим майном, як у нашому прикладі – квартиру в кредиті, якщо не зможе погасити кредит одноразовим платежем чи за домовленістю з кредитором продовжити виплачувати такий кредит? Який у цьому сенс, якщо банк-кредитор може все одно залишити її без цього майна? Тому вбачається, що положення ст. 1268 ЦК варто доповнити, передбачивши винятки із цього загального правила презумпції прийняття спадщини, встановивши, що вказані особи вважаються такими, що прийняли спадщину, окрім випадків, коли до спадщини входить обтяжене майно/майнові права.

У цьому ж контексті виникають питання і до обов'язкової частки, яка обов'язково спадкується і вважається такою, що її прийняли діти та інші передбачені в законі особи. Оскільки якщо спадщина становить майно, обтяжене боргами, які дорівнюють або навіть перевищують вартість цього майна, то у даному випадку не можна говорити про те, що право на обов'язкову частку досягає своєї цілі захисту осіб, які цього потребують – у нашому випадку дітей. Звісно, спадкоємці не можуть відповідати за борги спадкодавця у розмірі більшому, аніж вартість їх частки. Як слушно вказує вчений Є.О. Рябоконт, «існування правила обмеження відповідальності по боргах спадкодавця вартістю спадкового активу пояснюється спрямованістю норм спадкового права на переважне задоволення інтересів спадкоємця»¹².

Проте все одно зрозуміло, що така спадщина, де борги перевищують розмір самої спадщини, нікому не потрібна, а особливо дітям. Тому в разі обов'язкової частки варто це правило застосовувати лише до випадків спадщини, до якої не входить обтяжене майно. А як бути, якщо, наприклад, неповнолітня особа не подала відмову, то вона вважається такою, що прийняла спадщину, і тому відповідатиме за боргами спадкодавця? Очевидно, що дана ситуація щонайменше не логічна, а тому у випадку спадкування обтяженого майна і потрібно передбачити винятки для «автоматичного» прийняття спадщини і для обов'язкової частки.

Окрім цього, варто зазначити, що у доктрині вже неодноразово наголошувалося на недоліках такого підходу щодо автоматичного прийняття спадщини. Так, професор С.Я. Фурса вказувала на те, що презумпція прийняття спадщини є важливою гарантією здійснення прав та законних інтересів визначених законом осіб, але така презумпція не враховує основного змісту цивільного права щодо поєднання волі і волевиявлення особи¹³. Також і вчений Є.О. Рябоконт піддавав критиці таке положення, але в контексті прийняття спадщини особою, яка проживала спільно зі спадкодавцем, вказуючи на те, що таке автоматичне прийняття зумовлене лише цим одним фактом спільного проживання¹⁴. Цю позицію розділяє і суддя А.М. Ковальчук¹⁵. Тому очевидно, що даний підхід законодавця щодо автоматичного прийняття спадщини потребує перегляду.

Питання прийняття у спадщину обтяженого майна дітьми розглядала і вчена Н.М. Оксанюк, яка запропонувала у таких випадках лише посилити контроль органів опіки та піклування у сфері нагляду за спадкуванням неповнолітніх¹⁶, проте чи буде це належним і вичерпним вирішенням даного питання? Тим більше, що прийняття спадщини здійснюється без дозволу органів опіки та піклування, який потрібен лише у випадку відмови. А відмова у такому разі може бути єдиним правильним рішенням, оскільки тут дозвіл органів опіки та піклування потрібен буде лише формально, а тому про «посилений контроль» у даному випадку говорити складно.

Із судової практики вбачається, що наразі діти спадкують обтяжене майно. Так, Верховний Суд своєю постановою від 4 вересня 2019 р. у справі № 200/20405/16-ц скасував рішення судів першої та апеляційної інстанцій, направивши справу на новий розгляд, щодо звернення стягнення успадкованого майна в рахунок боргу спадкодавця в 600 000 дол. США, при цьому відповідачка діяла в своїх інтересах та в інтересах своїх малолітніх дітей, які разом з нею прийняли спадщину¹⁷. Проте, як бачимо, спадкоємці вимушені були зіткнутися із такою ситуацією великого боргу, який значно перевищує успадковане ними майно.

Виходячи з цього, якщо говорити про саму можливість – чи можуть діти спадкувати обтяжене майно, – то слід дати позитивну відповідь, оскільки не лише можуть, а й спадкують. Інше питання: «Наскільки це доцільно і відповідає їх інтересам?» Проте вбачається, що одного універсального правила, яке б можна було закріпити у законодавстві та з його допомогою вирішувати усі питання, тут не вдасться виробити. Хоча все ж таки у випадку, коли до складу спадщини буде входити майно, обтяжене боргами, які дорівнюють або перевищують розмір спадщини, можна встановити правило, що діти тоді не включаються до кола спадкоємців, тому що це не відповідає їх інтересам, або вважаються такими, які не прийняли спадщину, якщо лише не подадуть заяви про прийняття такої спадщини батьки або самі неповнолітні.

У інших же випадках, коли до складу спадщини буде входити обтяжене майно, але це обтяження буде меншим за вартість всієї спадщини, слід залишити питання про те, чи варто приймати таку спадщину, на розсуд батьків (усиновителів) та неповнолітніх дітей із погодженням з органом опіки та піклування. Тому, на наш погляд, у законодавстві варто встановити, що спадщина, до складу якої входить майно, обтяжене боргами, які не перевищують розмір спадщини, може бути прийнята або від неї можуть відмовитися батьки (усиновителі) малолітніх дітей на їх розсуд із погодженням з органами опіки та піклування; якщо діти неповнолітні, то рішення має прийматися спільно, тобто разом із дітьми, із урахуванням їх думки батьками і органами опіки та піклування. Якщо ж неповнолітні будуть діяти самостійно, то вони мають надати згоду на отримання чи відмову від такої обтяженої спадщини від батьків і від органів опіки та піклування.

У даному випадку прийняття обтяженої спадщини варто було б встановити необхідність надання неповнолітніми згоди батьків і на прийняття такої обтяженої спадщини, оскільки її прийняття із наслідками необхідності погашати борги може вимагати їх безпосередньої участі у такому розрахунку з кредиторами спадкодавця, а тому вони мають надавати згоду й на те, щоб їх неповнолітня дитина прийняла обтяжену спадщину. Таким чином, вважаємо за необхідне внести відповідні зміни в загальне правило ч. 3 ст. 1269 ЦК, за яким особа, яка досягла 14 років, може прийняти спадщину без згоди батьків (усиновителів), передбачивши необхідність такої згоди для прийняття неповнолітніми обтяженої спадщини.

У контексті участі дітей у спадкових відносинах варто також розглянути питання щодо того, чи може дитина бути стороною спадкового договору, у якому сторонами, відповідно до ст. 1303 ЦК, є відчужувач та набувач. Дане питання є досить дискусійним у теорії цивілістики. Так, вчений Р.А. Майданик вважає, що набувачем у спадковому договорі може бути лише повністю дієздатна фізична особа, але разом з тим він стверджує, що сторонами договору можуть бути будь-які фізичні особи, а укладення договору в інтересах недієздатної особи, частково дієздатної чи особи, дієздатність якої обмежена, можливе з дотриманням визначених законодавством умов¹⁸.

Виходячи з цього, вбачається, що Р.А. Майданик вважає, що спадковий договір може бути укладений, наприклад, в інтересах малолітньої чи неповнолітньої дитини, а от сама вона набувачем бути не може, оскільки не має повної цивільної дієздатності. Позицію, згідно з якою діти не можуть бути набувачами за спадковим договором, також відстоюють такі вчені, як Н. П. Шама¹⁹, В. М. Слома²⁰, С. В. Мазуренко²¹.

Інша група науковців вважає, що неповнолітні діти можуть бути як відчужувачем, так і набувачем за спадковим договором. Так, професори С.Я. Фурса та Є.І. Фурса обґрунтовано стверджують, що «нічого не сказано у законі про те, чи може неповнолітня фізична особа бути відчужувачем та набувачем за спадковим договором, тобто немає обмежень у віці. Оскільки неповнолітня особа може мати на праві особистої власності майно, яке вона, наприклад, отримала у порядку спадкування, то неповнолітній може передати його у власність набувачеві, тобто бути відчужувачем за спадковим договором. Але можливість неповнолітнього бути відчужувачем має контролюватися органами опіки та піклування. ... Можливість і доцільність посвід-

чення спадкового договору в інтересах неповнолітнього може диктуватися різними умовами, зокрема, хворобою малолітнього або неповнолітнього, неможливістю ним виважено розпоряджатися своєю власністю»²².

Професор Л.В. Красицька, порівнюючи положення закону щодо спадкового договору та договору довічного утримання (догляду), у якому законодавець чітко вказує, що відчужувачем у договорі довічного утримання (догляду) може бути фізична особа незалежно від її віку та стану здоров'я (ч. 1 ст. 746 ЦК), а набувачем у договорі довічного утримання (догляду) може бути лише повнолітня дієздатна фізична особа або юридична особа (ч. 2 ст. 746 ЦК), слушно звертає увагу на те, що у випадку спадкового договору таких обмежень щодо набувача законом не передбачено²³. Відповідно, вчена доходить висновку, що «чинне цивільне законодавство не встановлює обмежень щодо можливості дитини бути набувачем та відчужувачем права власності на майно за спадковим договором, але при укладенні спадкового договору необхідно враховувати вимоги законодавства щодо обсягу цивільної дієздатності малолітньої та неповнолітньої особи та включати до змісту спадкового договору ті умови (права та обов'язки), які може виконати набувач-дитина, маючи на увазі, що набувач у спадковому договорі може бути зобов'язаний вчинити певну дію майнового або немайнового характеру до відкриття спадщини або після її відкриття»²⁴.

Додаткового обґрунтування дана позиція набула у публікації вже у співавторстві професора Л.В. Красицької із вченою і приватним нотаріусом Н. Сіряченко, у якій автори на підставі системного аналізу законодавства доводять, що «законодавець не встановлює заборон чи обмежень щодо можливості неповнолітньої особи бути набувачем права власності на майно відчужувача у спадковому договорі. Спадковий договір у такому випадку може бути укладений неповнолітньою особою за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників. До змісту спадкового договору за участі набувача – неповнолітньої особи можуть бути включені як обов'язки майнового характеру, так і обов'язки немайнового характеру»²⁵.

Ми абсолютно розділяємо таку позицію вчених на підставі наступного. Загальноправовий принцип проголошує, що дозволено все, що прямо не заборонено законом. А оскільки закон не встановлює обмежень для малолітніх та неповнолітніх осіб бути стороною спадкового договору, то це означає, що жодних перешкод для цього немає. Окрім цього, аргументи деяких науковців проти того, що дитина може бути стороною спадкового договору базуються на тому, що дитина в силу свого неповноліття, обмеженої чи часткової дієздатності не може бути виконавцем зобов'язання, яке може бути покладено на неї як на набувача, з чим не можна погодитися. Якщо дитина може бути спадкоємцем – а це ніхто не заперечує, – то на спадкоємців законом покладається прямий обов'язок, наприклад, задовольнити вимоги кредитора. І якщо дана обставина виконання такого зобов'язання не позбавляє дітей можливості бути спадкоємцями, то не логічно стверджувати, що дитина не може бути набувачем за спадковим договором, оскільки там на неї можуть покладатися зобов'язання. Зрозуміло, що зобов'язання малолітніх дітей як спадкоємців будуть виконувати їх законні представники, а у випадку неповнолітніх, то вони можуть робити це або також через своїх законних представників, або самостійно, дотримуючись умови чинності укладених ними правочинів, а саме: отримання згоди батьків (усиновителів) та органів опіки на піклування.

На підставі вищевикладеного вважаємо, що нотаріус може посвідчувати спадковий договір, де дитина буде набувачем або відчужувачем. Разом із тим це буде той випадок, де нотаріусу потрібно буде проявити творчість, оскільки він повинен максимально врахувати всі обставини справи, а тому визначити в договорі умови так, щоб вони враховували особливості участі дитини у такому договорі в ролі набувача чи відчужувача. У випадку малолітніх осіб, то вони будуть представлятися своїми законними представниками, які й укладатимуть договір у інтересах та/чи від імені малолітніх дітей із дотриманням умови отримання згоди органів опіки та піклування на вчинення такого правочину. А у випадку неповнолітніх, то вони можуть діяти й самостійно, надавши згоду батьків і органів опіки та піклування на укладення спадкового договору.

Підтвердження цієї позиції знаходимо і у правозастосовній практиці. Так, у п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» вказано наступне: «Відчужувачем та набувачем за спадковим договором може бути як повністю дієздатна особа, так і особи, зазначені у статтях 32, 36 ЦК»²⁶, тобто особи частково чи обмежено дієздатні. А отже, діти можуть бути відчужувачами чи набувачами у спадковому договорі, а нотаріус, відповідно, може і повинен посвідчувати такий правочин за участю малолітніх та неповнолітніх осіб.

Висновки. Отже, у результаті проведеного дослідження, було:

– обґрунтовано, що у випадку, коли дитина є одночасно спадкоємцем за заповітом і за правом на обов'язкову частку, вона має спадкувати за заповітом;

– подальшого обґрунтування набула позиція, відповідно до якої емансиповані діти зберігають право на обов'язкову частку у спадщині до досягнення повноліття незалежно від набуття повної цивільної дієздатності;

– проаналізовано, що для захисту дитини, яка народилася поза шлюбом, у окремих випадках мають бути вжиті додаткові заходи для захисту її спадкових справ, зокрема, необхідним є звернення до суду для встановлення факту батьківства, яке буде підставою для спадкування. Відповідно, нотаріальне провадження у такому разі відкладається навіть не до моменту народження дитини, а до встановлення факту батьківства;

– запропоновано передбачити у законодавстві можливість нотаріусу зв'язуватися із законними представниками неповнолітньої особи, яка подає заяву про відмову від спадщини, але без дотримання умови отримання згоди батьків (усиновителів) та органів опіки й піклування;

– встановлено, що законом не передбачено, що згода на відмову від спадкування може бути подана лише одним із батьків, якщо інший не бере участі у вихованні дитини та не виконує щодо неї своїх обов'язків, як це встановлено для надання згоди на вчинення нотаріально посвідчуваних правочинів неповнолітніми. Тому запропоновано на дану ситуацію із наданням згоди на відмову від спадкування поширити подібний порядок за аналогією, тобто передбачити можливість надавати згоду одного із батьків;

– проаналізовано, що презумпція автоматичного прийняття спадщини дітьми не завжди може узгоджуватися з їх інтересами, а тому запропоновано передбачити для цього загального правила винятки, зокрема, встановивши, що діти (та інші особи з частковою чи обмеженою дієздатністю) вважаються такими, що прийняли спадщину, окрім випадків, коли до спадщини входить обтяжене майно та/або майнові права. Вважаємо, що такий виняток варто поширити і на випадки спадкування за правом на обов'язкову частку у спадщині, до складу якої входить обтяжене майно;

– встановлено, що діти можуть і навіть спадкують майно, обтяжене боргом, проте часто це не відповідає їх інтересам, тому запропоновано у випадку, коли до складу спадщини буде входити майно, обтяжене боргами, які дорівнюють або перевищують розмір спадщини, встановити правило, що діти тоді не включаються до кола спадкоємців або вважаються такими, що не прийняли спадщину, якщо лише не подадуть заяви про прийняття такої спадщини батьки або самі неповнолітні.

У разі, коли спадщина, до складу якої входить майно, обтяжене боргами, що не перевищують розмір спадщини, запропоновано встановити правило, відповідно до якого така спадщина може бути прийнята або від неї можуть відмовитися батьки (усиновителі) малолітніх дітей на їх розсуд із погодженням з органами опіки та піклування; якщо діти неповнолітні, то рішення має прийматися спільно, тобто разом із дітьми, із урахуванням їх думки батьками і органами опіки та піклування. Якщо ж неповнолітні будуть діяти самостійно, то вони мають надати згоду на отримання чи відмову від такої обтяженої спадщини від батьків і від органів опіки та піклування.

У даному випадку прийняття обтяженої спадщини запропоновано також встановити необхідність надання неповнолітніми згоди батьків і на прийняття такої обтяженої спадщини, оскільки її прийняття із наслідками необхідності погашати борги може вимагати їх безпосередньої участі у такому розрахункові з кредиторами спадкодавця, а тому вони мають надавати згоду й на те, щоб їх неповнолітня дитина прийняла обтяжену спадщину. Відповідно, пропонуємо внести зміни в законодавство, зокрема в загальне правило ч. 3 ст. 1269 ЦК, за яким особа, яка досягла 14 років, може прийняти спадщину без згоди батьків (усиновителів), передбачивши необхідність такої згоди для прийняття неповнолітніми обтяженої спадщини;

– доведено, що дитина може бути відчужувачем або набувачем у спадковому договорі; проаналізовано порядок нотаріального посвідчення такого договору з дотриманням умов згоди органів опіки та піклування, а для неповнолітніх, які діятимуть самостійно, також і згоди батьків.

¹ Спадкове право в Україні : навч. посіб. / за ред. Р.Б. Шишки. Київ : Ліра-К, 2014. С. 39.

² Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, О.М. Клименко, С.Я. Рябовська, Л.О. Кармаза та ін. / за ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2007. С. 201.

³ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення : 29.05.2020).

⁴ Там само.

⁵ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / за ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2007. С. 225.

⁶ Антипова О.В. Право на обов'язкову частку у спадщині. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_6679 (дата звернення : 29.05.2020); Радіонова Т.І. Спадкування дітьми. URL: <http://lubotin.kharkov.ua/main/8146-spadkuvannya-dtmi.html> (дата звернення : 29.05.2020).

⁷ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-І. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення : 29.05.2020).

⁸ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / за ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2007. С. 210.

⁹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення : 29.05.2020).

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само.

¹² Рябоконт Є.О. Спадкове правовідношення в цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Є.О. Рябоконт ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2002. С. 3.

¹³ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : Науково-практичний посібник / За ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2007. С. 428.

¹⁴ Рябоконт Є.О. Інститут прийняття спадщини в цивільному законодавстві України : проблеми і перспективи / Є.О. Рябоконт // Вісник КНУ ім. Т. Шевченка : Юридичні науки. 2005. № 67-69. С. 130–131.

¹⁵ Ковальчук А.М. До питання прийняття спадщини за правом на обов'язкову частку у спадщині. С. 65. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2016/1_2016/part_1/13.pdf (дата звернення : 01.06.2020).

¹⁶ Оксанюк Н.М. Окремі аспекти прийняття спадщини неповнолітніми. *Форум права*. 2013. № 2. С. 413.

¹⁷ Постанова Верховного Суду від 4.09.2019 р. у справі № 200/20405/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84152672> (дата звернення : 01.06.2020).

¹⁸ Майданик Р.А. Спадковий договір у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2. С. 100–101.

¹⁹ Шама Н.П. Спадковий договір в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / ЛНУ ім. І. Франка. Львів, 2008. С. 62–64.

²⁰ Слома В.М. Спадковий договір за законодавством України. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2010. Вип. 25. С. 145.

²¹ Мазуренко С.В. Спадковий договір у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2004. С. 65.

²² Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я.; КНТ, 2007. С. 110–111.

²³ Красицька Л.В. Переваги та ризики спадкового договору. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присв. світлій пам'яті О.А. Пушкіна, 19–20 трав. 2017 р. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС, 2017. С. 105.

²⁴ Там само.

²⁵ Красицька Л., Сіряченко Н. Дитина як набувач права власності на майно за спадковим договором. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2017. № 1 (91). С. 102.

²⁶ Про судову практику у справах про спадкування: постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 р. № 7. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08> (дата звернення : 02.06.20).

Резюме

Бордюг Т.О. Матеріально-правові аспекти участі дітей у спадкових правовідносинах.

У статті досліджуються теоретичні концепції та правове регулювання у сфері участі малолітніх та неповнолітніх осіб у спадкових правовідносинах. Увага приділяється, зокрема, таким питанням, як участь дітей у спадковому договорі, автоматичне прийняття спадщини дітьми, спадкування дітей за правом на обов'язкову частку, коли воно конкурує з правом спадкувати за заповітом. У результаті проведеного дослідження автор формує рекомендації для вдосконалення законодавства.

Ключові слова: спадкування, діти, малолітні, неповнолітні, заповіт, право на обов'язкову частку, спадковий договір, прийняття спадщини.

Резюме

Бордюг Т.А. Материально-правовые аспекты участия детей в наследственных правоотношениях.

В статье исследуются теоретические концепции и правовое регулирование в сфере участия малолетних и несовершеннолетних лиц в наследственных правоотношениях. Внимание уделяется, в частности, таким вопросам, как участие детей в наследственном договоре, автоматическое принятие наследства детьми, наследования детей по праву на обязательную долю, когда оно конкурирует с правом наследовать по завещанию. В результате проведенного исследования автор формулирует рекомендации по совершенствованию законодательства.

Ключевые слова: наследование, дети, малолетние, несовершеннолетние, завещание, право на обязательную долю, наследственный договор, принятие наследства.

Summary

Tetiana Bordiug. Substantive legal aspects of children's participation in hereditary legal relations.

The article examines the theoretical concepts and legal regulation in the field of participation of minors and minors in hereditary legal relations. Attention is paid, in particular, to such issues as the participation of children in an inheritance contract, the automatic acceptance of inheritance by children, inheritance of children by right to a compulsory share, when it competes with the right to inherit by will. As a result of the study, the author formulates recommendations for improving legislation.

It is substantiated by the author that in the case where the child is both an heir by will and by the right to a compulsory share, she will inherit by will. The position was further substantiated, according to which emancipated children retain the right to a compulsory share in the inheritance until they reach the age of majority, regardless of the acquisition of full civil legal capacity.

It was also established by the author that the law does not provide that consent to refuse inheritance can be submitted only by one of the parents, if the other does not take part in the upbringing of the child and does not fulfill his duties in relation to her, as it was established for giving consent to the commission of notarized transactions by minors. Therefore, it was proposed to extend this procedure by analogy on this situation with the consent to refuse inheritance, that is, to provide for the possibility of giving consent to one of the parents;

It was analyzed that the presumption of automatic acceptance of inheritance by children may not always be consistent with their interests, and therefore it was proposed to provide for this general rule of exception, in particular, establishing that children (and other persons with partial or limited legal capacity) are considered to have accepted the inheritance, except in cases when the inheritance includes an encumbered property and / or property rights. We believe that this exception should be extended to cases of inheritance by right to a compulsory share in the inheritance, which includes the encumbered property.

The author established that children can and even inherit property encumbered with debt, however, this often does not correspond to their interests, therefore it is proposed that in the case when the inheritance will include property encumbered with debts that are equal to or exceed the size of the inheritance, establish a rule that children then they are not included in the circle of heirs or are considered not to have accepted the inheritance, unless the parents or the minors themselves submit applications for the acceptance of such inheritance.

In the article it has been proven that a child can be an alienator or acquirer in an inheritance contract; analyzed the procedure for notarization of such an agreement in compliance with the conditions of consent of the guardianship and guardianship authorities, and for minors who will act independently, also the consent of the parents.

Key words: inheritance, children, minors, testament, right to a compulsory share, inheritance contract, acceptance of inheritance.

І.М. ГАЛІЯН

*Ігор Михайлович Галіян, аспірант Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України**

ORCID: 0000-0003-2767-5975

МЕДІАЦІЯ ТА КОНСИЛІАЦІЯ ЯК ПРИМИРНІ ПРОЦЕДУРИ ВНУТРІШНЬОГО КОРПОРАТИВНОГО КОНФЛІКТУ

Постановка проблеми. Аналіз та пошук дієвих примирних процедур вирішення корпоративних спорів свідчить про наявність системи взаємопов'язаних самостійних дій та рішень учасників корпоративного конфлікту, спрямованих на його вирішення шляхом добровільного налагодження відносин між собою та усунення протиріч, що лежать в основі конфлікту, із можливим залученням нейтральних третіх осіб.

Не вдаючись до детального аналізу в межах цієї статті всіх можливих примирних процедур вирішення внутрішнього корпоративного конфлікту, вважаємо за доцільне підтримати позицію О. Хрімлі щодо розподілу примирних процедур на підставі такого критерію, як залучення/незалучення третіх осіб у дві групи: а) перша група – це примирні процедури, які передбачають участь третьої особи, яка допомагає вирішити конфлікт (медіація, консиліація, посередництво, мінірозгляд тощо); б) друга група – це примирні процедури, які передбачають самостійне вирішення спору сторонами, без участі третіх осіб (трансакція, переговори тощо)¹.

Виклад основного матеріалу. Безумовно, найбільш поширеною і застосовуваною у сфері захисту корпоративних прав на сьогодні є така примирна процедура, як медіація. Сам термін «медіація» походить від латинського слова «mediare» і означає «бути посередником»².

Аналіз наукових джерел свідчить про чималу кількість авторських визначень поняття «медіація», які в основному мають однакове змістове навантаження, що зводяться до розуміння цього процесу як переговорів між двома конфліктуючими сторонами за участю посередника, що має необхідні навички, досвід, освіту для того, щоб допомогти сторонам дійти згоди у врегулюванні їхнього спору³. У свою чергу, Ю.М. Жорнокуй під категорією «медіація» розуміє процедуру примирення конфліктуючих сторін шляхом їх вступу в добровільні переговори за допомогою третьої сторони – посередника (медіатора), який сприяє врегулюванню конфлікту⁴. Тобто, як вбачається із наведених визначень, всі вони, незважаючи на незначні розбіжності у формулюваннях, є подібними. Спільною для них ознакою є участь третьої особи – медіатора, який має бути незалежним та неупередженим.

Зважаючи на вказане, у контексті цієї статті можна стверджувати, що медіація є різновидом добровільних примирних процедур внутрішнього корпоративного характеру, спрямованою на примирення сторін конфлікту та упорядкування відносин між ними, із обов'язковим залученням нейтральної третьої сторони, основним завданням якої є сприяння врегулюванню конфлікту. При цьому видається, що саме сфера міжособистісних відносин, нерегульована нормами права, відіграє пріоритетну роль у врегулюванні корпоративних суперечок. Отже, на нашу думку, основним та першочерговим призначенням медіації є все ж мирне врегулювання конфлікту та збереження ділових відносин між партнерами, а не захист порушених прав. Разом із тим вважаємо, що це слід вважати не недоліком, а специфікою медіації як альтернативи судовому розгляду. Крім того, процес медіації здатен охопити практично усі аспекти конфліктної ситуації у сфері корпоративних правовідносин на відміну від судового розгляду, який сфокусований винятково на правовій стороні суперечки. З огляду на вказане, на нашу думку, рішення, прийняте за результатами медіації, з більшою вірогідністю сприйматиметься сторонами як справедливе і найбільш компромісне.

Аналіз іноземного досвіду правового регулювання відносин щодо здійснення медіації свідчить про варіативність законодавчих підходів до процедурних особливостей її проведення. Так, у європейській практиці запровадження медіації визначальну роль відіграла Директива 2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС з певних аспектів медіації в цивільних і комерційних справах, яка була затверджена ще 21 травня 2008 р. та передбачала імплементацію відповідних норм у законодавство держав-членів до 21 травня 2011 р. Директива про медіацію закріплює основні принципи проведення та запровадження механізму медіації в національне законодавство країн-членів ЄС. Варто також зазначити, що обсяг регулювання Директиви про медіацію передбачає її застосування до міжнародних спорів, проте звіт про перебіг застосування цієї директиви, виданий Комісією Європейського парламенту у 2016 р., свідчить про те, що майже всі країни ЄС (окрім

трьох) поширили також обсяг регулювання відповідних положень національного законодавства про медіацію в цивільних і комерційних справах на подібні спори, що виникають між резидентами однієї країни⁵.

Щодо правового закріплення медіації в Україні слід констатувати, що на сьогодні ще не прийнятий спеціалізований закон, покликаний упорядкувати правовідносини у сфері здійснення медіації як примирної процедури, спрямованої на захист корпоративних прав. Водночас слід зазначити, що чималий обсяг законотворчої роботи у цьому напрямі уже зроблено. Так, починаючи з 2012 р. на розгляд Верховної Ради України було подано цілу низку законопроектів «Про медіацію», проте жоден із них не отримав належної парламентської підтримки.

Вагомим результатом роботи вітчизняного законодавця стало прийняття за основу 15 липня 2020 р. підготовленого Міністерством юстиції України проекту Закону України «Про медіацію» № 3504, який на законодавчому рівні закріплює можливість проведення процедури медіації – добровільного позасудового врегулювання конфлікту (спору) шляхом переговорів між його сторонами, за допомогою медіатора⁶. При цьому важливо зауважити, що вказаний законопроект змістовно відрізняється від попередніх, зокрема, у частині забезпечення можливості більш повного захисту корпоративних прав шляхом медіації. Так, згідно з ст. 22 проекту Закону «Про медіацію» № 2425а від 26 червня 2013 р. у цивільних, господарських і трудових угодах може застосовуватися медіаційне застереження, тобто положення, згідно з яким конфлікти (спори), що випливають з договірних відносин сторін, підлягають урегулюванню шляхом медіації до їх судового розгляду⁷. Вказане положення перетинається із ч. 2 ст. 22 ГПК України, відповідно до якої внутрішні корпоративні спори можуть бути передані на розгляд винятково міжнародного комерційного арбітражу, і лише в тому разі, якщо такі спори виникли з договору. Вбачається, що якщо б проект Закону «Про медіацію» № 2425а був прийнятий, то медіація в корпоративних відносинах, яка, безумовно, є однією із найбільш ефективних примирних процедур внутрішнього корпоративного характеру, була б практично неможливою.

Натомість проект Закону України «Про медіацію» № 3504 від 19 травня 2020 р. закріплює інший підхід до вирішення корпоративних спорів у частині проведення медіаційних процедур. Так, згідно з ч. 1 ст. 2 вказаного законопроекту медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), які виникають у цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних правовідносинах, а також кримінальних провадженнях під час укладання угод про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим та в інших сферах суспільних відносин. Із зазначеного вбачається, що медіація може бути використана як примирна процедура в корпоративних спорах для захисту корпоративних прав – як тих, що виникають із договору, так і позадоговірних. Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 2 законопроекту 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.

На нашу думку, такий диспозитивний підхід законодавця до правового регулювання відносин із проведення медіаційних процедур є виваженим і послідовним з декількох причин. По-перше, він дозволяє застосувати медіацію для захисту корпоративних прав у разі виникнення як внутрішніх корпоративних конфліктів, пов'язаних зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням юридичної особи корпоративного типу, так і корпоративних конфліктів, що виникають із правочинів щодо розпорядження акціями, частками, корпоративними правами тощо. По-друге, необов'язковість медіації як примирної процедури перед судовим розглядом надає суб'єктам корпоративних правовідносин можливість вільного вибору способу захисту порушених корпоративних прав, що в цілому відповідає положенням ст. 55 Конституції України щодо можливості захисту прав і свобод всіма способами, не забороненими законом.

На підтвердження зазначеного доцільно навести досвід Нідерландів з цього питання, де передбачено, що процедура медіації є прийнятною практично для усіх категорій справ, однак не для усіх сторін. Таким чином, у критеріях для визначення прийнятності медіації враховані здебільшого потреби сторін, а не природа самого спору. Відповідно судді, оцінюючи імовірну ефективність медіації в конкретній справі, насамперед звертають увагу на позицію сторін, їхню готовність до ведення переговорів, добросовісність, щире бажання та мотивацію вирішити спір⁸.

Важливим моментом при розробці проекту Закону України «Про медіацію» № 3504 від 19 травня 2020 р. є положення ст. 3, що закріплюють принципи медіації. Так, медіація проводиться за взаємною згодою сторін медіації з урахуванням принципів добровільності, конфіденційності, незалежності, нейтральності, неупередженості медіатора, самовизначення та рівності прав сторін медіації. Принципи медіації – це перша і найважливіша умова функціонування інституту медіації як основної примирної процедури внутрішнього корпоративного характеру.

За результатами успішно проведеної медіації сторони укладають медіаційний договір (договір про врегулювання конфлікту, *settlement agreement*). Через медіаційний договір приватна медіація та її результати найбільшою мірою пов'язані з правом. Таке бачення ґрунтується на тому, що саме договір є тим інструментом, за допомогою якого усувається правова невизначеність як перешкода для здійснення суб'єктивних корпоративних прав⁹.

Аналіз положень законопроекту «Про медіацію» № 3504 від 19 травня 2020 р. свідчить про те, що вітчизняний законодавець досить послідовно вирішує цю термінологічну неузгодженість. Так, згідно зі ст. 18 проекту Закону договір, що укладається сторонами на початковій стадії медіації, носить назву договору про проведення медіації. У свою чергу, ст. 19 законопроекту кінцевий договір медіаційної процедури називає

угодою за результатами медіації. При цьому вона повинна містити спільне рішення сторін медіації про врегулювання конфлікту (спору) та є обов'язковою для виконання сторонами.

З одного боку, незрозумілим є використання поряд термінів «договір» та «угода», проте, з іншого боку, назви цих домовленостей у законопроекті чітко вказують на їх специфіку та етапність укладення, що унеможливило окреслену вище термінологічну неузгодженість. З огляду на вказане більш доцільним, на нашу думку, є використання термінів «договір про проведення медіації» та «договір за результатами медіації».

Крім того, у згаданому законопроекті знаходимо й термін «медіаційне застереження», проте його визначення законодавець залишає поза увагою, на відміну від попереднього проекту Закону «Про медіацію» № 3665 від 17 грудня 2015 р., у якому у ст. 15 зазначалось, що 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. Вважаємо, що визначення на законодавчому рівні поняття «медіаційне застереження» стало б доволі позитивним моментом у частині правового закріплення медіаційної процедури, адже, по-перше, внесло б чіткість у розуміння його сутності, а, по-друге, стимулювало б учасників цивільних, у тому числі корпоративних правовідносин, при укладенні договорів передбачати врегулювання потенційних конфліктних ситуацій шляхом застосування процедури медіації. Крім того, на нашу думку, норми про можливість закріплення медіаційних застережень повинні бути включені до положень низки статей корпоративного законодавства, що регламентують укладення корпоративних договорів, зокрема, до ст. 26¹ «Договір між акціонерами товариства» Закону України «Про акціонерні товариства» та ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Така позиція зумовлюється тим, що вказані корпоративні правочини насамперед спрямовані на узгоджене управління учасниками юридичних осіб корпоративного типу належних їм корпоративних прав, у тому числі й на попередження та припинення конфліктних ситуацій, пов'язаних із управлінням корпорацією.

Ще однією примірною процедурою внутрішньокорпоративного характеру, яка дедалі частіше використовується для вирішення корпоративних суперечок, є консиліація (від англ. *conciliation* – примирення). При цьому питання сутності та природи консиліації викликає чималі дискусії серед науковців, причинами яких, на нашу думку, є повна відсутність правового регулювання відносин щодо застосування цього різновиду примирних процедур, а також ототожнення консиліації та медіації.

У літературі зазначається, що консиліація, або узгоджувальне примирення – це один з методів позасудового врегулювання конфлікту. Подібно до медіації консиліація є добровільною, конфіденційною, гнучкою, зорієнтованою на інтереси сторін процедурою примирного вирішення спору за участі нейтральної особи – консиліатора (примирника)¹⁰. В.Є. Прушак визначає консиліацію як погоджувальну процедуру, основна сутність якої полягає в активних діях посередника, що діє на підставі угоди сторін, переговорному процесі між сторонами конфлікту з метою досягнення ними взаємоприйнятної врегулювання спору¹¹.

Н. Крестовська та Л. Романадзе під консиліацією розуміють переговори сторін за участю третьої особи – консиліатора, який допомагає сторонам налагодити комунікацію між собою та досягти максимально ефективних домовленостей, сприяючи їм у пошуку взаємовигідного вирішення спору та за потреби пропонуючи варіанти такого вирішення. При цьому порівняно з медіатором консиліатор має більше повноважень щодо можливостей пропонувати сторонам взаємовигідні варіанти вирішення їхнього спору¹².

На переконання Я.П. Любченка, «медіація» та «консиліація» близькі за своєю сутністю явища, але не тотожні. В обох випадках сторони звертаються до третьої сторони з проханням допомогти їм вирішити спір, але роль третьої особи якраз і є ключовою відмінністю цих двох способів. Так, медіатор допомагає сторонам, кооперує та співпрацює з ними, але не робить пропозиції щодо вирішення спору, якщо сторони про це не попросять. Ідея полягає у тому, що найкраще вирішення спору – це рішення, до якого дійшли сторони, адже, найімовірніше, воно буде добровільно виконане. Натомість під час консиліації, окрім зазначеного вище, посередник пропонує варіанти вирішення спорів для сторін¹³.

Водночас знаходимо й протилежні позиції щодо відмінності консиліації від медіації. Так, на думку деяких авторів, консиліація, так само як і медіація, характеризується участю незалежної третьої особи, яка лише сприяє вирішенню спору. Однак функції та роль медіатора є дещо відмінними. Медіатор бере активну участь у вирішенні спору, досліджуючи всі обставини справи та вислуховуючи позицію сторін, а завдання незалежної третьої сторони в консиліації полягає лише в забезпеченні комунікації сторін для того, щоб вони могли продовжувати вести переговори¹⁴. Отже, як вбачається, у питанні необхідності розмежування чи ототожнення понять «медіація» та «консиліація» думки сучасних науковців розділилися.

Не знаходимо положень, присвячених вирішенню цього питання, і в Директиві 2008/52/ЄС. Разом із тим знаходимо з цього приводу іноземний досвід розмежування понять «медіація» і «консиліація». Так, у своїй консультативній доповіді Комісія з реформування права Ірландії рекомендує під час законодавчого закріплення та використання терміна «медіація» визначати й розуміти її як «сприятливий, консенсуальний і конфіденційний процес, у якому сторони в суперечці обирають нейтральну та незалежну третю сторону, яка допомагає їм у досягненні взаємоприйнятної угоди». Водночас для законодавчого визначення терміна «консиліація» Комісія з реформування права Ірландії рекомендувала розуміти її як «консультативний, консенсуальний і конфіденційний процес, у якому сторони в спорі вибирають нейтральну та незалежну сторону, яка допомагає їм у досягненні взаємоприйнятної угоди». Отже, принципова різниця між медіацією та консиліацією полягає в ролі й ступені залучення нейтральної та незалежної третьої сторони до відповідних про-

цедур. Хоча обидві процедури базуються на принципах добровільності й конфіденційності та є досить гнучкими, консиліація дає змогу третій стороні консулювати з правових і матеріальних питань шляхом надання офіційних рекомендацій і пропозицій стосовно врегулювання спору. Натомість процедура медіації вимагає, щоб третя сторона (посередник) займалася виключно процедурними питаннями¹⁵.

З приводу розмежування консиліації та медіації як схожих, однак відмінних процедур доцільно навести відображений у ЦПК та ГПК України законодавчий підхід, яким передбачено процедуру врегулювання спору за участю судді, коли мирному врегулюванню спору сприяє безпосередньо суддя, який з метою пошуку примирних шляхів організовує та бере участь у спільних, а також у закритих (у межах яких суддя спілкується із кожною стороною окремо) нарадах зі сторонами. Водночас така процедура посередництва при мирному врегулюванні спору законодавцем у межах зазначених кодифікованих актів не іменується медіацією.

Таким чином, проаналізувавши існуючі позиції щодо правової природи консиліації, можемо стверджувати, що у контексті нашого дослідження консиліація є примирною процедурою внутрішнього корпоративного характеру, організаційно та процесуально схожою до медіації, спрямованою на взаємовигідне та компромісне вирішення спору між учасниками господарського товариства та/або самою юридичною особою, із обов'язковим залученням нейтральної третьої сторони (консиліатора), яка здійснює консулювання сторін спору та за потреби пропонує сторонам власні варіанти його вирішення. При цьому з метою уникнення дискусій щодо сутності консиліації та її відмінностей від медіації цілком очевидно є необхідність законодавчого закріплення вказаного поняття.

Висновки. Підсумовуючи вищенаведений розгляд медіації та консиліації як окремих примирних процедур внутрішньокорпоративного характеру, вважаємо за необхідне вказати, що на сьогодні у світі існує цілісна розгалужена система примирних процедур внутрішньокорпоративного характеру як альтернатива юрисдикційним способам захисту корпоративних прав. На жаль, доводиться констатувати, що у чинному українському законодавстві практично відсутні норми, спрямовані на правове регулювання відносин із застосування вказаних примирних процедур, які, як показує світовий досвід, наділені цілим комплексом переваг порівняно із судовим та адміністративним захистом прав і здатні оперативно, ефективно, гнучко, без значних економічних затрат вирішити суперечки між учасниками корпоративних правовідносин. Такий стан справ вимагає від вітчизняного законодавця невідкладної роботи із розробки та нормативного закріплення правових механізмів забезпечення учасникам корпоративних правовідносин можливості застосовувати примирні процедури для вирішення внутрішніх корпоративних конфліктів і захисту прав та законних інтересів.

¹ Хрімлі О. Примирні процедури як форма захисту прав інвесторів у сфері господарювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 12. С. 101.

² A Dictionary of Law / ed. E.A. Martin. Oxford : Oxford University Press, 2003. P. 311.

³ Альтернативні способи вирішення спорів : навч. посіб. / М.Я. Білак, Ю.Д. Притика, О.М. Спектор, М.М. Хоменко; за заг. ред. Ю.Д. Притики. Харків : Право, 2019. С. 122.

⁴ Жорнокуй Ю.М. Цивільно-правова природа корпоративних конфліктів в акціонерних товариствах : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2016. С. 276.

⁵ Безхлібна Н. Медіація: європейський досвід і українські реалії. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/mediaciya-evropeyskiy-dosvid-i-ukrayinski-realiyi.html> (дата звернення: 15.09.2020).

⁶ Проект Закону про медіацію № 3504 від 19.05.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877 (дата звернення: 18.09.2020).

⁷ Там само.

⁸ Альтернативні способи вирішення спорів : навч. посіб. / М.Я. Білак, Ю.Д. Притика, О.М. Спектор, М.М. Хоменко; за заг. ред. Ю.Д. Притики. Харків : Право, 2019. С. 135.

⁹ Жорнокуй Ю.М. Цивільно-правова природа корпоративних конфліктів в акціонерних товариствах : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2016. С. 277.

¹⁰ Що таке консиліація? URL: <https://www.dispute-resolution-hamburg.com/ua/ua/conciliation/what-is-conciliation/> (дата звернення: 20.09.2020).

¹¹ Прущак В.Є. Врегулювання спору за участю судді у цивільному судочинстві України: дис. ... д-ра філос. в галузі права: 081 Право. Одеса, 2020. С. 44.

¹² Медіація у професійній діяльності юриста : підручник / авт. кол.: Т. Білик, Р. Гаврилюк, І. Городиський та ін. ; за ред. Н. Крестовської, Л. Романадзе. Одеса : Екологія, 2019. С. 90.

¹³ Любченко Я.П. Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2018. С. 120.

¹⁴ Black's Law Dictionary. Seventh edition. West Group, St. Paul, Minn. 1999. P. 996.

¹⁵ Федчишин Д.В. До питання про процедури альтернативного вирішення земельних спорів в Україні. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2019. № 1. С. 48.

Резюме

Галіян І.М. Медіація та консиліація як примирні процедури внутрішнього корпоративного конфлікту.

У статті акцентовано увагу на важливій ролі медіації та консиліації як окремих примирних процедур внутрішнього корпоративного конфлікту. Встановлено, що медіація є різновидом добровільних примирних процедур внутрішнього корпоративного характеру, спрямованою на примирення сторін конфлікту та упорядкування відносин між ними, із обов'язковим залученням нейтральної третьої сторони, основним завданням якої є сприяння врегулюванню конфлікту.

Проаналізовано проект Закону України «Про медицію» № 3504 від 19 травня 2020 р., за яким медиція може бути використана як примирна процедура у корпоративних спорах для захисту корпоративних прав – як тих, що виникають із договору, так і позадоговірних.

Окремо в межах статті розглянуто таку примирну процедуру внутрішньокорпоративного характеру, як консиліація, під якою запропоновано розуміти примирну процедуру, що організаційно та процесуально схожа до медиції та спрямована на взаємовигідне й компромісне вирішення спору між учасниками господарського товариства та/або самою юридичною особою, із обов'язковим залученням нейтральної третьої сторони (консиліатора), яка здійснює консультування сторін спору та за потреби пропонує сторонам власні варіанти його вирішення.

Ключові слова: захист корпоративних прав, примирні процедури, медиція, консиліація, альтернативне вирішення спорів, медиційна процедура, договір про проведення медиції, договір за результатами медиції, медиційне застереження.

Резюме

Галиян І.М. Медиация и консилиация как примирительные процедуры внутреннего корпоративного конфликта.

В статье акцентировано внимание на важной роли медиации и консилиации как отдельных примирительных процедур внутреннего корпоративного конфликта. Установлено, что медиация является разновидностью добровольных примирительных процедур внутреннего корпоративного характера, направленных на примирение сторон конфликта и упорядочения отношений между ними, с обязательным привлечением нейтральной третьей стороны, основной задачей которой является содействие урегулированию конфликта.

Проанализировано проект Закона Украины «О медиации» № 3504 от 19 мая 2020 г., согласно которому медиация может быть использована как примирительная процедура в корпоративных спорах для защиты корпоративных прав – как тех, что возникают из договора, так и внедоговорных.

Отдельно в рамках статьи рассмотрена такая примирительная процедура внутрикорпоративного характера, как консилиация, под которой предложено понимать примирительную процедуру, организационно и процессуально похожую на медиацию и направленную на взаимовыгодное и компромиссное решение спора между участниками хозяйственного общества и/или самим юридическим лицом, с обязательным привлечением нейтральной стороны (консиллятора), которая осуществляет консультирование сторон спора и при необходимости предлагает сторонам собственные варианты его решения.

Ключевые слова: защита корпоративных прав, примирительные процедуры, медиация, консилиация, альтернативное разрешение споров, медиационная процедура, договор о проведении медиации, договор по результатам медиации, медиационные оговорки.

Summary

Igor Haliian. Mediation and conciliation as separate intercorporate conciliatory procedures.

The article focuses on the important role of mediation and conciliation as separate intercorporate conciliation procedures. Mediation has been found to be a form of voluntary conciliatory procedures of an internal corporate nature, aimed at reconciling the parties to the conflict and regulating relations between them, with the obligatory involvement of a neutral third party, whose main task is to facilitate the settlement of the conflict. At the same time, it seems that the sphere of interpersonal relations, which is not regulated by law, plays a priority role in resolving corporate disputes. In addition, the mediation process is able to cover almost all aspects of the conflict situation in the field of corporate relations, in contrast to litigation, which focuses exclusively on the legal side of the dispute. Accordingly, the decision made as a result of mediation is more likely to be perceived by the parties as fair and most compromising.

The foreign experience of legal regulation of relations concerning mediation is analyzed, which testifies to the variability of legislative approaches to the procedural features of its conduct. Thus, Directive 2008/52/ EU of the European Parliament and of the EU Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, which establishes the basic principles of conducting and implementing a mediation mechanism in the national legislation of EU member states, has played a key role in the European practice of mediation.

The draft Law of Ukraine «On Mediation» № 3504 from 19th of May, 2020, which establishes the approach to resolving corporate disputes in terms of mediation procedures, according to which mediation can be used as a conciliation procedure in corporate disputes to protect corporate rights - both those that arise from contracts and non-contractual. In addition, mediation may take place before recourse to a court, arbitral tribunal, international commercial arbitration, as well as during court, arbitration or arbitration proceedings or during the execution of a court decision, arbitration tribunal or international commercial arbitration.

Separately within the limits of article such intercorporate conciliatory procedure, as conciliation is considered under which it is suggested to understand the conciliatory procedure, which is organizationally and procedurally similar to mediation and aimed at mutually beneficial and compromise settlement of the dispute between the participants of the company and / or the legal entity, with the obligatory involvement of a neutral third party (conciliator) who offers the parties their own solutions. At the same time, in order to avoid discussions about the essence of conciliation and its differences from mediation, it is quite obvious that it is necessary to legislate its concept.

Key words: protection of corporate rights, conciliatory procedures, mediation, conciliation, alternative dispute resolution, mediation procedure, mediation agreement, mediation clause.

А.Л. ГЛАДШТЕЙН

*Анна Леонідівна Гладштейн, викладач Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-7006-2678

ОСОБЛИВОСТІ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ У РЕГІОНАЛЬНИХ ТОРГОВЕЛЬНИХ УГОДАХ

Постановка проблеми. Virішення спорів, що виникають між сторонами регіональних торговельних угод (далі – РТУ), має суттєву специфіку порівняно з «ординарними» правовими конфліктами. Наведене зумовлено сферою регулювання РТУ, суб'єктивним складом спірних правовідносин, а також низкою факультативних характеристик.

У наведеному контексті доцільно звернутися до п. 1 ст. 33 Статуту ООН, згідно з яким сторони, що беруть участь у будь-якому спорі, продовження якого могло б загрожувати підтримці миру та безпеки, повинні насамперед намагатися вирішити спір шляхом переговорів, обстеження, посередництва, примирення, арбітражу, судового розгляду, звернення до регіональних органів чи угод або іншими мирними засобами на свій вибір¹.

Водночас спори, що виникають у сфері торговельних відносин, мають свої особливості, які зумовлює необхідність їх спеціального регулювання правом СОТ та РТУ.

Так, ст. XXII ГАТТ містить правило про проведення консультацій, а ст. XXIII ГАТТ визначає алгоритм дій, що вживаються у разі неможливості вирішення спору шляхом проведення консультацій².

Одним із основних актів, що визначає ідеологію вирішення спорів, які виникають у сфері торговельних відносин на міждержавному рівні, є Угода про заснування СОТ³.

Так, відповідно до п. 3 ст. III Угоди про заснування СОТ остання адмініструє Домовленість про правила та процедури вирішення спорів (далі – ДВС), яка є Додатком 2 до цієї Угоди.

Можемо констатувати, що наразі механізми, передбачені ДВС, є найдієвішими способами мирного вирішення спорів у сфері міжнародних торговельних відносин.

Відповідно до ст. 1 ДВС, що визначає сферу її дії і застосування, правила та процедури цієї Домовленості застосовуються до спорів, які подаються на розгляд відповідно до положень про консультації і вирішення спорів тих угод, що їх перелічено у Доповненні 1 до цієї Домовленості⁴.

Так, Доповненням 1 передбачено угоди, які охоплюються ДВС. Йдеться, зокрема, про (1) Угоду про заснування СОТ; (2) багатосторонні торговельні угоди (багатосторонні угоди з торгівлі товарами, ГАТС⁵, ТРІПС⁶); (3) багатосторонні торговельні угоди з обмеженою кількістю учасників.

При цьому застосовність ДВС до багатосторонніх торговельних угод з обмеженою кількістю учасників залежить від прийняття сторонами кожної з таких угод рішення, у якому визначаються умови застосування ДВС до кожної угоди.

Алгоритми вирішення спорів, передбачені ДВС, та конкретними РТУ мають відмінності.

У контексті викладеного слід зауважити, що, як правило, конкретні РТУ містять застереження щодо вирішення аналогічних спорів, які виникають згідно з відповідною РТУ і Угодою СОТ (у наведених випадках стороні, яка подає скаргу, надається право вибору суду).

Так, наприклад, п. 2 ст. 9.1 Угоди про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ (далі – Угода Україна-ЄАВТ) передбачає, що спори з одного і того самого приводу, що виникають згідно із цією Угодою і Угодою СОТ, можуть врегульовуватися у будь-якому суді на розсуд Сторони, що подає скаргу. Обраний суд повинен використовуватися для виключення інших судів⁷.

Згідно з п. 1 ст. 17.4 Угоди про вільну торгівлю між Україною та Канадою (далі – CUFTA) спір з питання, що виникає за цією Угодою та Угодою СОТ або будь-якою іншою угодою про вільну торгівлю, учасницями якої є обидві Сторони, може бути врегульований у місці, призначеному відповідно до положень однієї з цих угод на розсуд Сторони-скаржника⁸.

Водночас наразі і в науці, і в правозастосовній практиці виникають численні питання, пов'язані з необхідністю забезпечення ефективного вирішення спорів у міжнародній торгівлі (йдеться, зокрема, про конфлікт двох юрисдикцій – права СОТ та РТУ; низку проблем, пов'язаних із блокуванням функціонування Апеляційного органу СОТ тощо).

Викладене зумовлює необхідність детального дослідження наведених питань.

© А.Л. Гладштейн, 2020

* *Anna Gladshstein, Lecturer of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися у багатьох наукових доробках, зокрема, Жеральдо Відігала⁹, Джуста Пауеліна¹⁰, Коліна Пікера¹¹, Анаїт Смба-тян¹², Джона Джексона¹³ та ін.

Мета даної статті полягає у визначенні алгоритму вирішення спорів у системі СОТ та у РТУ, необхідності з'ясування основних проблем, пов'язаних з наявністю конфлікту юрисдикцій СОТ та РТУ, а також пошуком оптимальних шляхів їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Процедура вирішення спору, як правило, починається з *проведення консультацій між сторонами*. Так, відповідно до п. 1 ст. 4 ДВС члени СОТ підтверджують свою рішучість посилити і підвищити ефективність процедур консультацій, що використовуються членами СОТ.

Консультації можна визначити дипломатичною і, як правило, конфіденційною спробою вирішення спору.

Консультації починаються на вимогу однієї зі сторін. Сторона, якій адресовано відповідну вимогу, повинна надати на неї відповідь протягом визначеного конкретною угодою строку і вступити в консультації.

Член СОТ до якого зроблено вимогу, повинен, якщо не буде взаємно погоджено іншого, надати відповідь на таку вимогу протягом десяти днів після її отримання і вступити в консультації з добрими намірами протягом строку, не більшого, ніж 30 днів після отримання вимоги, з метою досягнення взаємно задовільного рішення.

Аналогічні строки передбачені Угодою про вільну торгівлю між Урядом України та Урядом Чорногорії (далі – Угода Україна-Чорногорія) (п. п. 2–3 ст. 47)¹⁴.

Зазначимо, що у разі відсутності «реакції» на відповідну вимогу про проведення консультацій сторони, якій така вимога адресована, інша сторона має право негайно вимагати створення групи експертів (у випадку, якщо справа розглядається за правилами ДВС) або створення арбітражної групи (у випадку, якщо справа розглядається за правилами РТУ).

Інакше питання строків врегульоване у CUFTA.

Так, відповідно до п. 3 ст. 17.5 CUFTA сторони, якщо ними не буде прийнято інше рішення, розпочинають консультації упродовж 30 днів з дати отримання запиту іншою стороною (у термінових випадках, зокрема, якщо питання стосується товару або послуги, що швидко втрачає свою комерційну вартість, наприклад, товарів, що швидко псуються, консультація починається упродовж 15 днів з дати отримання запиту іншою стороною на підставі п. 4 цієї ж статті).

При цьому строк надання відповіді на запит про проведення консультацій CUFTA не передбачений.

Так само не визначено строк надання відповіді на запит про проведення консультацій і в Угоді про асоціацію між Україною та ЄС¹⁵.

Зазначимо, що Угодою про асоціацію передбачено три темпоральні моделі проведення консультацій: (1) *загальна*: консультації проводяться протягом 30 днів з дати отримання запиту (п. 3 ст. 305); (2) *ургентна*: консультації з питань, що потребують негайного вирішення, зокрема щодо швидкопсувних або сезонних товарів, проводяться протягом 15 днів із дати отримання відповідного запиту (п. 4 ст. 305); (3) *енергетична*: якщо консультації стосуються енергоносіїв через мережі та якщо одна зі сторін вважає вирішення спору терміновим через повне або часткове припинення транзиту природного газу, нафти або електроенергії між Україною та стороною ЄС, то такі консультації мають бути проведені протягом трьох днів з дати подання відповідного запиту (п. 6 ст. 305).

Зазначимо, що відповідно до п. 8 ст. 4 ДВС у надзвичайних випадках, зокрема у ситуаціях, коли йдеться про швидкопсувні товари, члени СОТ повинні вступати в консультації протягом 10 днів після отримання вимоги. Якщо в ході консультацій не вдалося вирішити спору протягом 20 днів після отримання вимоги, сторона, що звертається зі скаргою, може вимагати створення групи експертів.

Зазначимо, що і ДВС, і конкретні РТУ передбачають низку додаткових вимог до процедури проведення консультацій.

Обов'язок повідомлення відповідних осіб та органів. Так, зокрема, ДВС передбачає обов'язок члена СОТ, що вимагає консультацій, повідомити Орган вирішення спорів (далі – ОВС), відповідні Ради і Комітети щодо вимог про консультації (п. 4 ст. 4). При цьому будь-яка вимога про консультації повинна надаватися у письмовій формі і містити підстави для подання вимоги, зокрема зазначення заходів, що викликають спір, та юридичних підстав для звернення.

Вимога дотримання режиму конфіденційності та неможливості обмеження права при подальшому розгляді спору. І ДВС, і конкретні РТУ передбачають, що консультації мають бути конфіденційними і не повинні обмежувати права будь-якого члена СОТ у будь-яких подальших розглядах спорів. Незадовільний результат проведення консультацій має наслідком виникнення у сторони, яка незадоволена результатом проведення консультацій, права вимагати створення групи експертів (якщо консультації відбувалися на підставі ДВС) або арбітражної групи (якщо консультації відбувалися на підставі РТУ) (п. п. 6–7 ст. 4 ДВС).

Пріоритет інтересів країн, що розвиваються. Відповідно до п. 10 ст. 4 ДВС під час консультацій члени СОТ повинні приділяти особливу увагу окремим проблемам та інтересам країн-членів, що розвиваються.

Зазначимо, що п. 12 ст. 3 ДВС передбачає можливість надання більш сприятливого режиму вирішення спорів однією зі сторін яких є країна, що розвивається, або найменш розвинена країна. Так, якщо скарга подається країною-членом СОТ, що розвивається, проти розвиненої країни-члена СОТ, то сторона, що звертається зі скаргою, має право використовувати у якості альтернативи положенням, що містяться у ст. ст. 4, 5,

6 і 12 ДВС, відповідні положення Рішення від 5 квітня 1966 р. (BISD 14S/18)¹⁶. При цьому у тій частині, у якій існують розбіжності між правилами та процедурами ДВС і відповідних правил та процедур Рішення, перевагу мають останні.

Забезпечення участі у консультаціях третіх осіб. ДВС передбачає право на участь у консультаціях члена СОТ, який не є членом, що бере участь у консультаціях, але вважає, що має суттєвий торговельний інтерес у консультаціях.

Додатково зазначимо, що РТУ, як правило, передбачають можливість залучення до участі в консультаціях фахівців державних органів. Так, згідно з п. 5 ст. 17.5 CUFTA Сторона, що подає запит про проведення консультацій, може звернутися з проханням до іншої Сторони залучити до участі в консультаціях фахівців своїх державних або інших регулюючих органів, досвідчених у питаннях, що є предметом консультацій.

Особливе місце у системі способів вирішення спорів займають *процедури примирення, добрих послуг та посередництва*. При цьому уніфікована модель застосування наведених процедур відсутня. Так, вони можуть розпочинатися сторонами на будь-якому етапі процедури врегулювання спорів і можуть починатися, призупинятися або припинятися будь-якою стороною в будь-який час.

Аналогічне правило закріплено у п. 1 ст. 17.6 CUFTA: сторони можуть у будь-який момент прийняти рішення про застосування альтернативних способів вирішення спору, таких як звернення до посередників, примирення або медіація.

ДВС передбачає презумпцію проведення процедур добрих послуг, примирення та посередництва до моменту звернення сторони, яка звертається зі скаргою, з вимогою про створення групи експертів (п. 3 ст. 5). Водночас згідно з п. 5 цитованої статті якщо сторони спору на це погодяться, процедури добрих послуг, примирення чи посередництва можуть продовжуватися під час розгляду справи групою експертів.

Зауважимо, що відповідно до п. 6 ст. 5 ДВС Генеральний директор СОТ може, діючи у якості *ex officio*, запропонувати добрі послуги, примирення чи посередництво з метою сприяти членам СОТ у вирішенні спору.

Процеси розгляду спорів, які передбачають добрі послуги, примирення і медіацію, повинні бути конфіденційними і не обмежувати прав сторін у будь-яких інших судових процесях.

Можемо констатувати, що у наведених вище випадках йдеться про родову категорію альтернативних способів вирішення спорів. Окремо зауважимо, що консультації, передбачені і ст. 4 ДВС, і переважно більшість РТУ, є наближеними за правовою природою до одного з основних альтернативних способів вирішення спорів – переговорів.

У випадку, якщо спір не вдалося вирішити шляхом проведення консультацій, сторона-скаржник може звернутися до спеціально створеної групи: ДВС передбачає можливість передачі спору на *розгляд групи експертів*, а РТУ передбачають *розгляд спору арбітражною групою*.

На відміну від консультацій, які є переважно дипломатичним інструментом, розгляд спору групою експертів або арбітражною групою є юридичним етапом вирішення спору.

Зазначимо, що саме процедурі розгляду спорів групою експертів присвячено значну частину ДВС – 11 статей. Так, ДВС детально врегульовано порядок створення груп експертів (ст. 6); повноваження груп експертів (ст. 7); склад груп експертів (ст. 8); процедури, що застосовуються у випадках, коли кілька сторін звертаються зі скаргою (ст. 9); особливості залучення до розгляду справи третіх сторін (ст. 10); функція груп експертів (ст. 11); процедури роботи групи експертів (ст. 12); право групи експертів звертатися за необхідною для вирішення спору інформацією (ст. 13); конфіденційність ходу обговорення у групах експертів (ст. 14); стадія проміжного розгляду (ст. 15); затвердження звітів груп експертів (ст. 16).

РТУ «нового покоління» містять аналогічні норми щодо створення арбітражних груп.

Група експертів створюється рішенням ОВС на вимогу сторони, що звертається зі скаргою. Вимога про створення групи експертів повинна робитися у письмовій формі. У ній слід зазначити, чи проводилися консультації, визначено конкретні заходи, які викликають спір, і надано короткий опис юридичних підстав скарги, які є достатніми для представлення проблеми у чіткій формі.

Зауважимо, що п. 2 ст. 6 ДВС передбачає можливість створення на вимогу заявника групи експертів з нестандартними повноваженнями. У такому випадку письмова вимога про створення групи експертів повинна містити пропонування текст спеціальних повноважень.

«Стандартними» повноваженнями експертів є вивчення у світлі відповідних положень конкретної угоди справи і надання таких висновків, які допоможуть ОВС у напрацюванні рекомендацій або у винесенні рішень, які передбачено у такій угоді.

Стаття 8 ДВС передбачає можливість включення до складу груп експертів осіб з достатнім практичним досвідом або представників доктрини міжнародного торговельного права.

За загальним правилом група складається з трьох експертів. Водночас ДВС передбачає право сторін спору створити групу з п'яти експертів.

Процедури роботи групи експертів визначені ст. 12 та Доповненням 3 до ДВС. Водночас група експертів може змінити алгоритм своєї роботи після консультацій зі сторонами спору.

Звертає на себе увагу положення п. 2 ст. 12 ДВС, яка передбачає гнучкість процедур роботи групи експертів з метою забезпечення високої якості звітів групи та відсутності невинуватих затримок у розгляді справи групою.

Процедура затвердження звітів груп експертів передбачена ст. 16 ДВС. Так, згідно з п. 4 наведеної статті протягом 60 днів після розповсюдження звіту групи експертів серед членів СОТ звіт повинен бути затвер-

джений на засіданні ОВС, якщо тільки сторона спору офіційно не повідомить ОВС про своє рішення подати апеляцію, або якщо ОВС не вирішить шляхом консенсусу не затверджувати звіт. Якщо сторона спору повідомила про своє рішення подати апеляцію, ОВС не розглядає питання про затвердження звіту групи експертів до завершення процедури апеляції. Ця процедура затвердження не обмежує прав членів СОТ висловлювати свої міркування з приводу звіту групи експертів.

У контексті викладеного необхідно зупинитися на процедурі розгляду *апеляцій*, передбаченої ДВС.

Так, ст. 17 ДВС передбачає створення ОВС постійного Апеляційного органу, який розглядає апеляції щодо справ, представлених на розгляд груп експертів. Він складається з семи осіб, три з яких ведуть розгляд будь-якої однієї справи. Особи, які працюють в Апеляційному органі, працюють у порядку ротації. Такий порядок ротації визначається робочими процедурами Апеляційного органу.

ОВС призначає осіб, які працюють в Апеляційному органі протягом чотирирічного терміну, причому кожному з осіб може бути призначено повторно один раз.

Відповідно до п. 13 ст. 17 ДВС Апеляційний орган може підтримати, змінити або відмінити правові міркування та висновки групи експертів.

Стадія виконання рекомендацій і постанов. Стаття 21 ДВС передбачає обов'язок заінтересованого члена СОТ повідомити ОВС про свої наміри стосовно виконання рекомендацій та постанов ОВС. Це відбувається на засіданні ОВС, яке проводиться після затвердження звіту групи експертів або Апеляційного органу. При цьому якщо негайно втілити рекомендації та постанови на практиці неможливо, заінтересованому члену СОТ повинен надаватися розумний строк для того, щоб їх виконати.

Значний інтерес становить положення п. 8 ст. 21 ДВС, відповідно до якої якщо справу порушено країною-членом СОТ, що розвивається, то при розгляді належних дій, яких можна було б вжити, ОВС повинен брати до уваги не лише ту частку торгівлі, яка зачіпляється заходами, з яких висунуто скаргу, а й їх вплив на економіку відповідної країни-члена СОТ, що розвивається.

Зазначимо, що РТУ передбачають різні режими визнання та виконання для рішень, які містяться в остаточних звітах арбітражних груп, та рішень арбітражу в міжнародних комерційних спорах, що виникають між приватними сторонами у відповідній зоні вільної торгівлі. Алгоритм виконання рекомендацій і постанов, які містяться в остаточних звітах арбітражних груп, зводиться до необхідності врегулювання спору за домовленістю сторін шляхом досягнення консенсусу (див., наприклад: ст. 17.12 CUFTA, ст. 8 Угоди Україна-ЄАВТ). Водночас можливість визнання та виконання арбітражного рішення, ухваленого у спорі між приватними сторонами у відповідній зоні вільної торгівлі, як правило, пов'язується з ратифікацією і дотриманням конкретною приватною стороною Нью-Йоркської конвенції 1958 р.¹⁷ (див., наприклад: ст. 17.17 CUFTA).

Істотною відмінністю між алгоритмом вирішення спору відповідно до ДВС та РТУ є процедурні правила (регламент), які застосовуються при вирішенні спору.

Доповнення 3 до ДВС передбачає робочі процедури, які конкретизують низку положень ДВС та по суті є регламентом, що визначає алгоритм діяльності груп експертів.

Статтею 9.4 Угоди Україна-ЄАВТ передбачено порядок створення арбітражної комісії, що має включати в себе трьох членів, які повинні бути призначені згідно з «Факультативними нормами вирішення в арбітражному порядку спорів між двома державами у постійній палаті третейського суду» від 20 жовтня 1992 р.¹⁸

Деякі РТУ містять регламент безпосередньо у своєму змісті (наприклад, додаток 17-С до CUFTA).

Зазначимо, що, як правило, процедури арбітражної комісії повинні регулюватися диспозитивними нормами (див., наприклад, ст. 9.5 Угоди Україна-ЄАВТ).

Концептуальною відмінністю між алгоритмом вирішення спору, передбаченого ДВС, та порядком вирішення спорів, передбаченим конкретними РТУ, є *відсутність можливості оскарження остаточного звіту арбітражної комісії (на відміну від можливості оскарження звіту групи експертів на підставі ст. 17 ДВС).*

На особливу увагу заслуговують і наслідки невиконання остаточного звіту групи експертів або арбітражної групи. Йдеться про **здійснення компенсації та припинення поступок.**

Здійснення компенсації та припинення поступок є тимчасовими заходами, які можуть застосовуватися у випадку невиконання звітів груп експертів або арбітражних груп протягом розумного строку. При цьому наведеним механізм поновлення порушеної економічної сфери потерпілої сторони не повинна віддаватися перевага порівняно з виконанням у повному обсязі рекомендацій для приведення заходу у відповідність до конкретних угод.

Так, якщо заінтересована Сторона не може повною мірою виконати рішення, передбачене остаточним звітом групи експертів або арбітражної комісії у розумний строк, вона повинна провести консультації для погодження взаємоприйнятної компенсації, якщо цього вимагає Сторона, що подала скаргу. Якщо такої домовленості не було досягнуто, Сторона, яка подала скаргу, має право призупинити надання гарантованих відповідною угодою переваг, але лише еквівалентних за розміром до тих здійснених заходів, які група експертів або арбітражна група визначила як такі, що не відповідають конкретній угоді (див., наприклад: ст. 22 ДВС, ст. 9.9 Угоди Україна-ЄАВТ, ст. 53 Угоди Україна-Чорногорія).

На окрему увагу заслуговує і положення п. 2 ст. 1 ДВС щодо пріоритету спеціальних та додаткових правил і процедур вирішення спорів, що містяться в охоплених угодах, які визначено у Додатку 2 до ДВС, над загальними правилами і процедурами, визначеними безпосередньо ДВС.

Йдеться, наприклад, про п. 2 ст. 11 Угоди про застосування санітарних і фітосанітарних заходів¹⁹; п. 14 ст. 2, п. 21 ст. 2, п. 4 ст. 4, п. 2 ст. 5, п. 4 ст. 5, п. 6 ст. 5, пп. 9–11 ст. 6, пп. 1–12 ст. 8 Угоди про текстиль та одяг²⁰; пп. 2–4 ст. 14, Додаток 2 Угоди про технічні бар'єри в торгівлі²¹.

Так, п. 2 ст. 11 Угоди про застосування санітарних та фітосанітарних заходів передбачає обов'язок групи експертів звертатися за порадами до технічних експертів у будь-якому спорі за цією Угодою, який стосується наукових або технічних питань.

Наведений вище алгоритм вирішення спорів у системі СОТ можна визначити «класичним». Так, на першому етапі вирішення спорів відбувається у форматі проведення консультацій між сторонами. У випадку відсутності взаємоприйняттого рішення за результатом проведення консультацій спір може бути вирішений групою експертів, які за результатами вивчення фактичних обставин справи надають свій фаховий звіт. У випадку незадоволення сторони звітом експертів вона має право звернутися до Апеляційного органу з відповідною скаргою. Рішення групи експертів або Апеляційного органу затверджується ОВС і підлягає імплементації стороною, яка програла спір. Якщо рішення не виконується, сторона, вимоги якої були задоволені, має право на застосування зустрічних заходів (йдеться про припинення поступок).

Водночас наразі застосування наведеного алгоритму не вбачається ефективним, зважаючи на **блокування діяльності Апеляційного органу**.

Так, до складу Апеляційного органу входить сім суддів, які призначаються членами СОТ шляхом консенсусу.

Для можливості розгляду Апеляційним органом спорів до його складу повинно входити принаймні чотири судді, оскільки відповідні положення ДВС передбачають обов'язкову ротацію суддів при вирішенні спорів.

11 грудня 2019 р. Апеляційний орган втратив можливість розглядати спори, оскільки закінчився строк повноважень двох суддів.

Таким чином, блокування діяльності Апеляційного органу позбавило ефективності механізм, передбачений ДВС, оскільки сторона, яка програла спір, має можливість подати апеляцію до заблокованого Апеляційного органу і тим самим заблокувати затвердження звіту.

Викладене зумовлює актуальність пошуку альтернативних і дієвих моделей вирішення спорів у сфері міжнародних торговельних відносин.

Першим варіантом вбачається досягнення взаємної згоди між сторонами спору не передавати на розгляд Апеляційного органу звіт групи експертів в умовах відсутності у Апеляційного органу можливості вирішувати спори.

Другим варіантом вирішення спору є досягнення сторонами згоди на передачу спору до арбітражу. По суті йдеться про покладення на арбітраж функцій Апеляційного органу – перегляд звіту групи експертів.

Третім варіантом є вирішення спорів у рамках механізмів, передбачених РТУ.

Прикладом звернення до механізмів, визначених РТУ, є ініційований ЄС спір з Україною щодо заборони експорту лісу-кругляка.

Зазначимо, що наведений спір міг бути ініційований і в межах СОТ, оскільки стосується зобов'язань України у межах угод СОТ.

Так, Угода про асоціацію між Україною та ЄС забороняє будь-які форми обмеження експорту. Тому, на думку ЄС, дотримання з 2005 р. постійної заборони на експорт лісу-кругляка порушує умови Угоди. Консультації, які відбулися 7 лютого 2019 р., не сприяли вирішенню спору. Таким чином, спір було передано на розгляд арбітражної групи²².

Викладене дає підстави для висновку про існування низки переваг механізмів вирішення спорів, передбачених РТУ «нового покоління», порівняно з механізмами, передбаченими ДВС. Йдеться насамперед про більш стислі строки вирішення спорів (зважаючи на відсутність права на апеляційне оскарження звіту арбітражної групи у механізмі, передбаченому РТУ).

У наведеному контексті слід зазначити про можливий **конфлікт юрисдикцій СОТ та РТУ**.

Так, майже усі РТУ, як правило, пов'язані з угодами СОТ, оскільки обидві системи ґрунтуються на тотожних принципах. Таким чином, конфлікт юрисдикцій може виникати у випадку детального відтворення на рівні РТУ положень угод СОТ.

Недопустимість повторного або паралельного розгляду одного спору у межах двох конкуруючих систем вирішення спорів має особливе значення з точки зору ефективності реалізації принципу мирного вирішення міжнародних торговельних спорів.

Вбачається, що проблема конфлікту юрисдикцій може бути вирішена шляхом імплементації спеціальних правил, що дозволяють обрати найприйнятніший механізм вирішення спорів. Йдеться про необхідність включення до РТУ положення про виключну юрисдикцію, що безпосередньо визначає, якій системі підвідомчий той чи інший спір.

Так, положення про виключну юрисдикцію передбачені п. 3 ст. 17.4 CUFTA, п. 2 ст. 9.1 Угоди Україна-ЄАВТ, п. 2 ст. 45 Угоди Україна-Чорногорія.

Вбачається, що РТУ, які містять положення рекомендаційного характеру, сприяють існуванню конфлікту юрисдикцій РТУ та СОТ, оскільки у такому випадку не виключається можливість подання скарги до конкуруючого механізму.

Разом із тим можемо констатувати, що усунення конфлікту юрисдикцій РТУ та СОТ за допомогою положень про виключну юрисдикцію вбачається доволі проблемним, оскільки конкуруючий механізм може містити об'єктивовану аналогічним чином виключну юрисдикцію.

Висновки. (1) Концептуальною відмінністю між алгоритмом вирішення спору у системі СОТ та у системі РТУ є відсутність можливості оскарження остаточного звіту арбітражної комісії у системі РТУ (на відміну від можливості апеляційного оскарження звіту групи експертів у системі СОТ на підставі ст. 17 ДВС). (2) Блокування Апеляційного органу зумовлює актуальність пошуку альтернативних та дієвих моделей вирішення спорів у сфері міжнародних торговельних відносин. Так, наведена проблема може бути вирішена наступним чином: (а) досягнення взаємної згоди між сторонами спору не передавати на розгляд Апеляційного органу звіт групи експертів в умовах відсутності у Апеляційного органу можливості вирішувати спори; (б) досягнення сторонами згоди на передачу спору до арбітражу (покладення на арбітраж функцій Апеляційного органу); (в) вирішення спорів у рамках механізмів, передбачених РТУ. (3) Проблема конфлікту юрисдикцій може бути вирішена шляхом імплементації спеціальних правил, що дозволяють обрати найприйнятніший механізм вирішення спорів. Йдеться про необхідність включення до РТУ положення про виключну юрисдикцію, що безпосередньо визначає якій системі підвідомчий той чи інший спір.

¹ Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010/print

² Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ 1947). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_264/print

³ Угода про заснування Світової організації торгівлі. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_342/print

⁴ Домовленість про правила та процедури вирішення спорів (Додаток 2 до Угоди про заснування Світової організації торгівлі). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_019/print

⁵ Генеральна угода про торгівлю послугами (Додаток 1В до Угоди про заснування Світової організації торгівлі). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_017/print

⁶ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Додаток 1С до Угоди про заснування Світової організації торгівлі). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018/print

⁷ Угода про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ, ратифікована Законом № 4091-VI від 07.12.2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_456/print

⁸ Угода про вільну торгівлю між Україною та Канадою, ратифікована Законом № 1917-VIII від 14.03.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/file/text/53/f466018n6.docx>

⁹ Geraldo Vidigal. Living Without the Appellate Body: Multilateral, Bilateral and Plurilateral Solutions to the WTO Dispute Settlement Crisis. *Journal of World Investment & Trade* 20 (2019) 862–890.

¹⁰ Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law. N.Y., 2003. P. 445.

¹¹ Picker C.B. Regional trade agreements v. the WTO a Proposal for reform of Article XXIV to counter this institutional threat. *Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 2005. Vol. 26. № 2. P. 150.

¹² Смбалян А.С. Международные торговые споры в ГАТТ/ВТО: избранные решения (1952–2005 гг.). Москва: Волтерс Клувер, 2006. 344 с.

¹³ Jackson John H. The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations. 2nd ed. Cambridge, MA: MIT Press, 1997.

¹⁴ Угода про вільну торгівлю між Урядом України та Урядом Чорногорії, ратифікована Законом № 5445-VI від 16.10.2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/892_008/print

¹⁵ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Законом № 1678-VII від 16.09.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011/print

¹⁶ Decision of 5 April 1966 on procedures under Article XXIII (BISD 14S/18). URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/a2s1p1_e.htm

¹⁷ Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, укладена у Нью-Йорку 10.07.1958 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070/print

¹⁸ Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States (Permanent Court of Arbitration [PCA]). URL: https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitrating-Disputes-between-Two-States_1992.pdf

¹⁹ Угода про застосування санітарних і фітосанітарних заходів (Додаток 1А до Угоди про заснування Світової організації торгівлі). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_006/print

²⁰ Угода про текстиль та одяг (Додаток 1А до Угоди про заснування Світової організації торгівлі). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_007/print

²¹ Угода про технічні бар'єри в торгівлі (Додаток 1А до Угоди про заснування Світової організації торгівлі). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_008/print

²² EU asks for a panel with Ukraine on wood export ban. URL: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2034>

Резюме

Гладштейн А.Л. Особливості вирішення спорів у регіональних торговельних угодах.

У статті розглянуто особливості вирішення спорів, що виникають між сторонами регіональних торговельних угод (РТУ). Досліджено алгоритм вирішення спорів відповідно до Домовленості про правила та процедури вирішення спорів СОТ (ДВС). Констатовано, що наразі механізми, передбачені ДВС, є найдієвішими способами мирного вирішення спорів у сфері міжнародних торговельних відносин. Звертається увага на відмінності між алгоритмами вирішення спорів, передбаченими ДВС, та конкретними РТУ. Детально розглянуто усі етапи вирішення спору – як у системі СОТ, так і у системі РТУ. Особлива увага

приділена проблемам, пов'язаним з блокуванням діяльності Апеляційного органу СОТ, та запропоновано шляхи їх вирішення. Також автором розглянуто питання конфлікту юрисдикцій СОТ та РТУ.

Ключові слова: регіональні торговельні угоди, конфлікт юрисдикцій, Орган вирішення спорів СОТ, Апеляційний орган СОТ, міжнародна торгівля, Домовленість про правила та процедури вирішення спорів.

Резюме

Гладштейн А.Л. Особенности разрешения споров в региональных торговых соглашениях.

В статье рассмотрены особенности разрешения споров, возникающих между сторонами региональных торговых соглашений (РТС). Исследован алгоритм разрешения споров в соответствии с Договоренностью о правилах и процедурах разрешения споров ВТО (ДРС). Констатируется, что на сегодня механизмы, предусмотренные ДРС, являются наиболее действенными способами мирного разрешения споров в сфере международных торговых отношений. Обращается внимание на различия между алгоритмами разрешения споров, предусмотренных ДРС, и конкретными РТС. Детально рассмотрены все этапы разрешения спора – как в системе ВТО, так и в системе РТС. Особое внимание уделено проблемам, связанным с блокированием деятельности Апелляционного органа ВТО, и предложены пути их решения. Также автором рассмотрена проблема конфликта юрисдикций ВТО и РТС.

Ключевые слова: региональные торговые соглашения, конфликт юрисдикций, Орган разрешения споров ВТО, Апелляционный орган ВТО, международная торговля, Договоренность о правилах и процедурах разрешения споров.

Summary

Anna Gladshstein. Dispute resolutions patterns under regional trade agreements.

The paper is devoted to the dispute resolution patterns under the regional trade agreements (RTAs). The Author's attention is paid to the differences between the dispute resolution algorithms provided both for in the (1) WTO Dispute Settlement Understanding (DSU) and (2) RTAs. In order to specify the optimal way of dispute resolutions under named acts, the Author analyzes RTAs of a «new generation», in particular, RTAs in which Ukraine is a member party.

The peculiarities of conciliation procedures, good services, mediation are analyzed and the absence of a unified model of application of these procedures is stated by the Author.

It is concluded that the consultations provided for in both Article 4 of the DSU and the vast majority of RTAs are close in legal nature to one of the main alternative dispute resolution mechanism – negotiations.

Unlike consultations, which are primarily a diplomatic tool, the consideration of a dispute by a group of experts or an arbitration group is determined as a step of dispute resolving.

The Author stated that significant differences between the dispute resolution algorithm under the DSU and RTAs are the procedural rules (regulations) used in resolving the dispute, as well as the lack of possibility to appeal the final report of the arbitration commission (unlike the right of appeal of the report of the expert group under Article 17 DSU).

Particular attention is paid to the consequences of non-compliance of the final report of the group of experts or the arbitration panel (the implementation of compensation and termination of concessions).

Particular attention is also paid to the activities of the Appellate Body lock, which results for searching for alternatives to ensure the effectiveness of the dispute settlement mechanism in the WTO system.

Due to the study results the Author states that there are a number of advantages of dispute resolution mechanisms provided by RTAs of a «new generation», compared with the mechanisms provided by the DSU. First of all, it is a matter of shorter terms of the dispute settlement (considering absence of the right to appeal for the report of arbitration group).

Particular attention is paid to the possible conflict of jurisdictions between the WTO and RTAs. It is stated that the problem of conflict of jurisdictions could be resolved by implementing of special rules which allows to choose the most appropriate dispute resolution mechanism. It is necessary to include under RTAs a provision on exclusive jurisdiction, which directly determines which jurisdiction covers a particular dispute.

Key words: regional trade agreements, conflict of jurisdictions, WTO dispute resolution body, Appellate body of the WTO, world trade, Dispute Settlement Understanding.

І.О. ДАНИЛОВА

*Ірина Олександрівна Данилова, старший викладач Навчально-наукового морського гуманітарного інституту Одеського національного морського університету**

ORCID: 0000-0002-3174-477X

ЩОДО ОКРЕМИХ ПРОБЛЕМ ФУНКЦІОНУВАННЯ ТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ВОДНОГО ТРАНСПОРТУ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Транспорт є однією із найважливіших галузей суспільного виробництва і покликаний задовольняти потреби населення та суспільного виробництва у перевезеннях. Розвиток і удосконалення транспорту здійснюється відповідно до державних цільових програм з урахуванням його пріоритету та на основі досягнень науково-технічного прогресу і забезпечується державою¹.

За рівнем суспільної значущості транспорт посідає одне з провідних місць у системі суспільних відносин, забезпечуючи матеріальну складову комунікативної системи суспільства. Транспортном користуються практично все населення й усі суб'єкти господарювання. Як інфраструктурна галузь народного господарства транспорт поєднує окремі регіони держави в єдиний політичний та економічний простір. З огляду на протяжність території України та її геополітичне значення можна зазначити, що саме транспорт фізично формує Україну як єдину державу. Наша країна займає дуже вигідне геополітичне становище. Її територією проходять євразійські міжнародні транспортні коридори, рівень перевезень якими з кожним роком все зростає. Тому транспортна галузь в нашій державі й сьогодні продовжує розвиватися високими темпами. Але цей процес потребує ефективного правового регулювання транспортної діяльності, прийняття нових нормативно-правових актів, що мають відповідати нормам міжнародних конвенцій та угод щодо діяльності транспорту, а також підготовки висококваліфікованих юристів – фахівців з транспортного права².

Особливе положення водного транспорту в господарському житті держави вимагає спеціального регулювання економічних, організаційних й правових основ діяльності морегосподарського комплексу, визначення його місця і ролі в економіці й соціальній сфері. Стратегічні напрями, цілі та завдання, що були визначені, зокрема, Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», Транспортною стратегією України на період до 2020 р., Стратегічним планом розвитку морського та річкового транспорту на період до 2020 р. не були досягнуті належним чином. Тому жорстка конкуренція на міжнародних ринках, сучасні інтеграційні процеси, а також економічні реалії визначають необхідність чіткого розуміння завдань щодо розвитку, реформування та підвищення ефективності роботи системи морського транспорту і морських портів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, Л.О. Гришиної, А.В. Гуренко, М.С. Євсік, П.М. Карась, І.М. Манаєнко, І.В. Просняник, Л.М. Філіпішиної, М.Л. Шелухіна, Е.В. Щеникова та ін.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб запропонувати та напрацювати основні завдання розвитку морегосподарського комплексу України в умовах сьогодення.

Виклад основного матеріалу. Згідно зі ст. 24 Закону України «Про транспорт» до складу морського транспорту входять підприємства морського транспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, судна, судноремонтні заводи, морські шляхи сполучення, а також підприємства зв'язку, промислові, торговельні, будівельні і постачальницькі підприємства, навчальні заклади, заклади охорони здоров'я, фізичної культури, науково-дослідні, проектно-конструкторські організації та інші підприємства, установи та організації незалежно від форм власності, що забезпечують роботу морського транспорту.

Згідно зі ст. 27 Закону України «Про транспорт» до складу річкового транспорту входять підприємства річкового транспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, порти і пристані, судна, суднобудівно-судноремонтні заводи, ремонтно-експлуатаційні бази, підприємства шляхового господарства, а також підприємства зв'язку, промислові, торговельні, будівельні та постачальницькі підприємства, навчальні заклади, заклади охорони здоров'я, фізичної культури та спорту, культури, проектно-конструкторські організації та інші підприємства, установи і організації незалежно від форм власності, що забезпечують роботу річкового транспорту.

Якщо міжнародним договором, укладеним Україною, встановлено інші правила, ніж ті, що містяться у законодавстві України про транспорт, то застосовуються правила відповідного міжнародного договору.

Особливе становище водного транспорту в господарському житті держави вимагає спеціального регулювання економічних, організаційних і правових основ діяльності морегосподарського комплексу, визначення його місця і ролі в економіці й соціальній сфері. Жорстка конкуренція на міжнародних ринках, сучасні інтеграційні процеси, а також економічні реалії визначають необхідність чіткого розуміння завдань щодо розвитку, реформування та підвищення ефективності роботи системи морського транспорту та морських портів.

Важливим кроком становлення й подальшого розвитку України як морської держави стала «Морська доктрина України на період до 2035 року»³ (далі – Морська доктрина), що набула чинності 18 грудня 2018 р. та яка покликана сприяти підвищенню ефективності використання усіх різновидів ресурсів моря й успішній реалізації державної морської політики.

Слід зауважити, що нині реалії функціонування морегосподарського комплексу України свідчать про його невідповідність зростаючим потребам у певних видах діяльності морської галузі, вимогам європейських стандартів якості надання транспортних послуг, що підтверджується наступними тенденціями:

1. Флот налічує загалом 1337 одиниць, серед яких: морський – 274 од., річковий – 1034 од., пасажирський – 29 од. Слід відмітити ще й спеціалізований флот, який використовується для виконання спеціалізованих операцій та включає контейнеровози, пороми, рефрижератори, лісовози, судна для перевезення важкогабаритних вантажів. Проте потенціал флоту використовується неефективно, оскільки понад 85 % суден перевищили нормативний термін служби і майже половина з них мають вік більше 20 років.

2. Морські порти є однією з найважливіших з'єднувальних ланок національної транспортної та виробничої інфраструктури з європейською та світовою. Портова сфера включає 13 континентальних морських портів, має 262 млн тонн пропускної здатності на рік, у ній працює понад 25 000 працівників⁴.

Але застарілі основні виробничі фонди більшості портів, незадовільний стан припортової інфраструктури зумовили послаблення конкурентних позицій морських портів України на міжнародному та регіональному ринку портових послуг, зокрема стосовно глобальних транзитних вантажопотоків за напрямками «Європа – Азія».

3. Маючи досить широкі можливості, на перший погляд, промисловий флот, який охоплює морське рибне господарство (Азовське, Чорне моря), озерне господарство (Полісся, нижня течія Дунаю), ставкове господарство (зарибнений ставковий фонд 75000 га до 30 тис. тонн щорічного улову), мав би стати джерелом забезпечення вітчизняної економіки сировиною, а населення – продуктами харчування, відтворення природних ресурсів. Проте відсутність обігових коштів для оновлення і модернізації морально та фізично спрацьованого флоту рибної промисловості, низький рівень державної підтримки рибного господарства та інвестиційної привабливості вітчизняного флоту рибної промисловості зумовили занепад у сфері рибного господарства, незадовільний стан продовольчої безпеки держави і погіршення балансу споживання основних продуктів харчування населенням держави.

4. У діяльності морегосподарського комплексу беруть участь судноплавні компанії ПАТ «Українське Дунайське пароплавство» (пасажирський, річковий, морський флот, начальні центри, бази технічного обслуговування та ремонту), АСК «Укррічфлот», ТОВ «Судноплавна компанія «Укрферрі»», ТОВ «Нібулон» (торговий флот) та ін. Але відсутність стратегій розвитку національної вантажної бази (балкерів, танкерів, газозовів та інших типів суден різного тоннажу), непривабливість для внутрішніх і зовнішніх інвестицій інфраструктури вітчизняного флоту є перешкодами функціонування морської індустрії⁵.

Досліджуючи тенденції функціонування вітчизняної сфери морської діяльності, слід зазначити, що під тиском загальних несприятливих економічних умов Україна втрачає лідерство в обслуговуванні експортно-імпортних морських вантажопотоків, а внаслідок високого рівня зношеності виробничого потенціалу морського транспорту прискорюється зниження конкурентоспроможності підприємств морського транспорту. Крім того, серед негативних тенденцій сучасного морегосподарського комплексу відмічається низький рівень інноваційної діяльності, обмеженість здійснення науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт у розбудові морської галузі, посилення проблем у соціальній сфері діяльності підприємств морської індустрії (забезпечення робочими місцями, достатній рівень оплати праці, дієва система стимулювання працівників морської галузі тощо)⁶.

Слід зазначити, що в 2017 р. Адміністрація морських портів України як наглядач приєдналася до Європейської організації морських портів (ESPO), яка об'єднує портові адміністрації країн Європейського Союзу (Бельгії, Болгарії, Великобританії, Данії, Кіпру, Фінляндії, Франції, Німеччини, Греції, Ірландії, Італії, Латвії, Литви, Мальти, Нідерландів, Норвегії, Польщі, Португалії, Румунії, Словенії, Іспанії, Швеції, Хорватії та Естонії). Така співпраця забезпечується законодавчою базою, основною складовою частиною якої є Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (2015 р.), яка запроваджує умови посилення економічних та торговельних відносин, що ведуть до поступової інтеграції України до внутрішнього ринку ЄС.

Маючи статус члена-спостерігача та на основі підписаної угоди про Асоціацію з ЄС зони єдиної торгівлі, Україна має можливість не тільки доступу до передових європейських практик розвитку портів, просування українських терміналів на зовнішньому ринку, а й представляти національні інтереси щодо залучення коштів у інвестиційні проекти в українських портах, розвитку державно-приватного партнерства та обміну досвідом у реформуванні морської галузі загалом. Але поряд із цим інтеграція України до ЄС неможлива без побудови розвинутої власної економічної системи з метою підвищення національної конкурентоспроможності, розвитку внутрішнього і зовнішнього ринків товарів та послуг, залучення інвестицій у науково-інноваційну діяльність⁷.

Аналізуючи сучасний стан перевезення вантажів і пасажирів різними видами транспорту в Україні, слід підкреслити актуальність і важливість розвитку морської галузі, оскільки її потенціал не задіяний на повну потужність, що характеризується постійним скороченням частки морського і річкового транспорту. Так, за попередні роки спостерігається значне зменшення обсягів перевезення вантажів морським і річковим транспортом. У 2017 р. порівняно з 2010 р. питома вага вантажообороту морського транспорту у перевезенні вантажів зменшилася майже на третину (33 %), водного транспорту – майже на половину (55 %)⁸.

Таким чином, стратегічні напрями, цілі та завдання, а також терміни їх досягнення, що були визначені Угодою про асоціацію, Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», Транспортною стратегією України на період до 2020 р.⁹, Стратегічним планом розвитку морського та річкового транспорту на період до 2020 р.¹⁰ не були досягнуті належним чином, враховуючи сучасний стан та проблеми функціонування галузі. Адже сучасний стан і тенденції функціонування морегосподарського комплексу України свідчать про зниження конкурентоспроможності підприємств морської галузі з причин стагнації виробничих потужностей та втрати частки транспортного ринку, скорочення потенційних можливостей розвитку галузі внаслідок загострення кризових явищ та відсутності програм комплексної підтримки морської індустрії.

Тому основними завданнями в галузі річкового транспорту мають бути:

- створення нової організаційно-правової та економічної моделі управління внутрішнім водним транспортом;
- розвиток конкуренції на ринку річкових перевезень, що створить передумови для утворення нових суб'єктів господарювання різних форм власності, які здійснюватимуть вантажні та пасажирські перевезення;
- підвищення конкурентоспроможності внутрішнього водного транспорту на внутрішньому і зовнішньому ринку транспортних послуг;
- підвищення інвестиційної привабливості галузі;
- створення передумов для модернізації та будівництва річкового флоту, а також оновлення й модернізації технічного та спеціального флоту;
- задоволення потреб національної економіки і населення у перевезеннях;
- підвищення рівня провізної спроможності внутрішнього водного транспорту шляхом збільшення навігаційного періоду, застосування криголамів, створення безпечних умов для цілодобового руху суден;
- підтримку гарантованих габаритів суднових ходів на всій протяжності транзитних водних шляхів;
- удосконалення системи навігаційного забезпечення судноплавства на внутрішніх водних шляхах та оперативного технологічного зв'язку;
- забезпечення сталого функціонування річкової інформаційної системи та її функціонування у взаємодії із системою моніторингу надводної обстановки;
- підвищення рівня використання транзитного потенціалу держави;
- прискорення інтеграції вітчизняного річкового транспорту в європейську транспортну систему;
- підвищення рівня безпеки перевезень, експлуатаційної надійності судноплавних гідротехнічних споруд (шлюзів), проведення їх планово-попереджувальних ремонтів;
- зменшення технологічного навантаження на інфраструктуру залізничного та автомобільного транспорту за рахунок переорієнтації частини вантажопотоків на внутрішній водний транспорт;
- скорочення обсягів викидів забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище.

А основними завданнями в галузі морського транспорту відповідно:

- підвищення конкурентоспроможності портової галузі шляхом: підвищення ефективності, якості й швидкості обробки вантажів; модернізації і розвитку об'єктів портової інфраструктури загального користування, зокрема автомобільних та залізничних під'їзних шляхів; забезпечення ефективного державного регулювання спеціалізованих послуг, що надаються в морському порту суб'єктами природних монополій, та послуг, плата за надання яких включається до складу портових зборів; удосконалення системи документообігу, спрощення дозвільних процедур, зменшення часу обробки вантажів; створення умов для розвитку добросовісної конкуренції між вітчизняними морськими портами; забезпечення створення рівних і конкурентних умов для провадження господарської діяльності та отримання послуг у морському порту; узгодженості дій щодо завантаженості та наросування перевантажувальних потужностей в морських портах; забезпечення технологічного розвитку портової галузі та підготовки спеціалістів портової галузі шляхом: впровадження сучасних технологій виконання навантажувально-розвантажувальних робіт; удосконалення навчальної бази для підготовки спеціалістів портової галузі;
- створення мережі кластерів шляхом: визначення переліку морських портів і типів кластерів; розширення переліку послуг, що надаються в морських портах; залучення приватних інвестицій для розвитку морських портів, передачі підприємств портової галузі та частини об'єктів портової інфраструктури, зокрема, в концесію;
- активна участь у міжнародних організаціях з метою створення умов для транскордонних перевезень вантажів;
- приведення стандартів роботи морських портів у відповідність з європейськими;
- взаємодія з морськими портами країн Чорноморського басейну (розроблення та виконання програм залучення вантажопотоків);
- створення сприятливих умов для залучення приватних інвестицій для розвитку об'єктів портової інфраструктури;

- забезпечення державних гарантій та захисту прав інвесторів;
- забезпечення створення достатніх глибин на підхідних шляхах та в акваторіях морських портів для обслуговування великих суден типу «Кепсайз» біля причалу;
- модернізація та оновлення портового й допоміжного флоту;
- забезпечення ефективного функціонування системи проведення моніторингу надводної обстановки в територіальних водах України, оптимізації регулювання руху суден, ефективного і своєчасного пошуку та рятування на морі;
- забезпечення розвитку системи управління рухом суден;
- забезпечення розвитку інформаційної системи портового співтовариства, інформатизації технологічних процесів у морських портах;
- удосконалення процедури оформлення вантажів, транспортних засобів та перевезення пасажирів;
- укладення міждержавних договорів щодо пошуку і рятування на морі;
- придбання та оновлення аварійно-рятувальних засобів;
- забезпечення ефективного функціонування та розвитку систем технічного та інформаційного забезпечення безпеки судноплавства;
- підвищення рівня кадрового потенціалу, оновлення та удосконалення навчально-методичної та програмно-технічної бази для підготовки фахівців портової галузі;
- розроблення програм підвищення кваліфікації працівників морських портів для обслуговування нових технологічних комплексів;
- підтримка навчальних закладів з підготовки спеціалістів портової галузі;
- підвищення рівня охорони праці;
- забезпечення належних санітарно-побутових умов праці в морських портах;
- забезпечення використання об'єктів соціальної інфраструктури портової галузі за цільовим призначенням;
- впровадження стандартів ЄС щодо роботи з небезпечними вантажами;
- приведення стандартів екологічної безпеки роботи морських портів у відповідність з міжнародними.

Висновки. Отже, підсумовуючи, серед основних завдань розвитку морегосподарського комплексу України загалом слід визначити: створення сприятливих нормативних, фінансових і податкових умов для розвитку морської галузі; створення умов для ринкового саморегулювання морської галузі, ліквідація або перепрофілювання частини підприємств суднобудування і судноремонту, які не можуть витримати ринкової конкуренції; залучення інвестицій для розвитку морських портів та об'єктів їх інфраструктури, передача підприємств портової галузі та частини об'єктів портової інфраструктури, зокрема, в концесію; підвищення конкурентоспроможності водного транспорту на внутрішньому і зовнішньому ринку транспортних послуг; підвищення рівня використання транзитного потенціалу та прискорення інтеграції вітчизняного транспорту в європейську транспортну систему; удосконалення системи документообігу, спрощення дозвільних процедур, зменшення часу обробки вантажів, що сприятиме підвищенню ефективності, якості і швидкості вантажно-розвантажувальних робіт; приведення стандартів екологічної безпеки роботи морських портів у відповідність з міжнародними, впровадження стандартів ЄС щодо роботи з небезпечними вантажами.

¹ Про транспорт: Закон України від 10.11.1994 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/232/94-%D0%B2%D1%80#Text>

² Шелухін М.Л. Транспортне право України. Академічний курс : підручник / за ред. М.Л. Шелухіна. Київ: Ін Юре. 2008. 896 с.

³ Морська доктрина України на період до 2035 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1307-2009-%D0%BF#Text>

⁴ Транспорт і зв'язок України 2017. *Державна служба статистики України*. 2018. 168 с.

⁵ Гришина Л.О., Карась П.М., Філіпішина Л.М. Тенденції, проблеми та перспективи розвитку морегосподарського комплексу України в умовах євроінтеграції. *Науковий вісник УНУ*. 2019. Вип. 24. Ч. 1. С. 131–135.

⁶ Гуренко А.В., Щеникова Е.В., Євсік М.С. Дослідження сучасного потенціалу морегосподарського комплексу України. *Вісник Приазовського технічного університету*. 2017. Вип. 33. С. 218–224.

⁷ Манаєнко І.М., Просяник І.В. Особливості зовнішньоекономічної діяльності вітчизняних підприємств в умовах євроінтеграції. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2018. Вип. 18. Ч. 3. С. 11–14 (Серія «Економіка»).

⁸ Гришина Л.О., Карась П.М., Філіпішина Л.М. Тенденції, проблеми та перспективи розвитку морегосподарського комплексу України в умовах євроінтеграції. *Науковий вісник УНУ*. 2019. Вип. 24. Ч. 1. С. 131–135.

⁹ Транспортною стратегією України на період до 2020 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2174-2010-%D1%80#Text>

¹⁰ Стратегічний план розвитку морського та річкового транспорту на період до 2020 року. URL: <https://mtu.gov.ua/content/zadachi-ministerstva-v-ramkah-galuzi-morskogo-transportu.html>

Резюме

Данилова І.О. Щодо окремих проблем функціонування та правового регулювання діяльності водного транспорту України.

Стаття присвячена дослідженню окремих аспектів проблематики функціонування та правового регулювання діяльності водного транспорту України, зокрема морського транспорту та річкового транспорту, в умовах сьогодення. Реалії функціонування морегосподарського комплексу України свідчать про його невідповідність зростаючим потребам у певних видах діяльності морської галузі, вимогам європейських стандартів якості надання транспортних послуг.

Серед основних завдань розвитку морегосподарського комплексу України слід визначити: створення сприятливих нормативних, фінансових і податкових умов для розвитку морської галузі; створення умов для ринкового саморегулювання морської галузі, ліквідація або перепрофілювання частини підприємств суднобудування і судноремонту, які не можуть витримати ринкової конкуренції; залучення інвестицій для розвитку морських портів та об'єктів їх інфраструктури, передача підприємств портової галузі та частини об'єктів портової інфраструктури, зокрема, в концесію; підвищення конкурентоспроможності водного транспорту на внутрішньому і зовнішньому ринку транспортних послуг; підвищення рівня використання транзитного потенціалу та прискорення інтеграції вітчизняного транспорту в європейську транспортну систему; удосконалення системи документообігу, спрощення дозвільних процедур, зменшення часу обробки вантажів, що сприятиме підвищенню ефективності, якості й швидкості вантажно-розвантажувальних робіт; приведення стандартів екологічної безпеки роботи морських портів у відповідність з міжнародними, впровадження стандартів ЄС щодо роботи з небезпечними вантажами.

Ключові слова: транспорт, водний транспорт, морський транспорт, річковий транспорт, морегосподарський комплекс.

Резюме

Данилова І.А. В отношении отдельных проблем функционирования и правового регулирования деятельности водного транспорта Украины.

Статья посвящена исследованию отдельных аспектов проблематики функционирования и правового регулирования деятельности водного транспорта Украины, в частности морского транспорта и речного транспорта, в современных условиях. Реальности функционирования морехозяйственного комплекса Украины свидетельствуют о его несоответствии растущим потребностям в соответствующих видах деятельности морской отрасли, требованиям европейских стандартов качества предоставления транспортных услуг. Среди основных задач развития морехозяйственного комплекса Украины следует определить: создание благоприятных нормативных, финансовых и налоговых условий для развития морской отрасли; создание условий для рыночного саморегулирования морской отрасли, ликвидация или перепрофилирование части предприятий судостроения и судоремонта, которые не могут выдержать рыночной конкуренции; привлечение инвестиций для развития морских портов и объектов их инфраструктуры, передача предприятий портовой отрасли и части объектов портовой инфраструктуры, в частности, в концессию; повышение конкурентоспособности водного транспорта на внутреннем и внешнем рынке транспортных услуг; повышение уровня использования транзитного потенциала и ускорение интеграции отечественного транспорта в европейскую транспортную систему; совершенствование системы документооборота, упрощение разрешительных процедур, уменьшение времени обработки грузов, что будет способствовать повышению эффективности, качества и скорости погрузочно-разгрузочных работ; приведение стандартов экологической безопасности работы морских портов в соответствии с международными, внедрение стандартов ЕС по работе с опасными грузами.

Ключевые слова: транспорт, водный транспорт, морской транспорт, речной транспорт, морехозяйственный комплекс.

Summary

Iryna Danilova. On certain problems of functioning and legal regulation of water transport activities of Ukraine.

The article is devoted to the study of certain aspects of the functioning and legal regulation of water transport of Ukraine, in particular maritime transport and river transport, in today's conditions. The realities of the functioning of the maritime complex of Ukraine indicate its inconsistency with the growing needs in the relevant activities of the maritime industry, the requirements of European standards of quality of transport services.

The special position of water transport in the economic life of the state requires special regulation of economic, organizational and legal bases of activity of a sea economic complex, definition of its place and a role in economy and social sphere. The strategic directions, goals and objectives set, in particular, by the Sustainable Development Strategy "Ukraine – 2020", the Transport Strategy of Ukraine until 2020, the Strategic Plan for the Development of Maritime and River Transport for the period up to 2020 were not properly achieved. Therefore, fierce competition in international markets, modern integration processes, as well as economic realities determine the need for a clear understanding of the challenges of developing, reforming and improving the efficiency of the maritime transport system and seaports.

Among the main tasks of the development of the maritime complex of Ukraine should be identified: the creation of favorable regulatory, financial and tax conditions for the development of the maritime industry; creation of conditions for market self-regulation of the maritime industry, liquidation or re-profiling of part of shipbuilding and ship repair enterprises that cannot withstand market competition; attraction of investments for development of seaports and objects of their infrastructure, transfer of the enterprises of port branch and a part of objects of port infrastructure, in particular, in concession; increasing the competitiveness of water transport in the domestic and foreign markets of transport services; increasing the level of use of transit potential and accelerating the integration of domestic transport into the European transport system; improvement of the document management system, simplification of permitting procedures, reduction of cargo handling time, which will increase the efficiency, quality and speed of loading and unloading operations; bringing the environmental safety standards of seaports in line with international ones, implementation of EU standards for handling dangerous goods.

Key words: transport, water transport, sea transport, river transport, maritime complex.

І.І. МЕЛЬНИК

*Іванна Ігорівна Мельник, аспірантка Запорізького національного університету**

ORCID: 0000-0003-1803-7859

ПОЗИТИВНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОХОРОНИ ПРАВ ПОЗИЧАЛЬНИКІВ СПОЖИВЧИХ КРЕДИТІВ

Постановка проблеми. Одним із напрямів досліджень в цивілістиці стала охорона прав учасників їх правовідносин. Поступово складається розмежування її від захисту прав, що проведено в назві Закону України «Про захист прав споживачів». Власне, тому мав би слугувати Закон України «Про споживче кредитування», який за його спрямованість кулуарно назвали «Про кредитування споживачів». Охорона прав споживачів має констатуючий (така діяльність управненої особи має легітимну основу), превентивний характер і слугує попередженню можливих порушень прав споживачів. Навпаки, захист можливий тільки в правовідносинах та при порушенні суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів.

Проте, як впливає із назви вказаного вище закону, ним такої різниці не проведено. Між тим, у сучасних умовах виникла потреба більш прискіпливого врегулювання суспільних відносин, в тому числі розмежування, де охорона прав споживачів, зокрема, споживчих кредитів, а де захист їх порушених прав. Зокрема, куди віднести чисельні публікації фахівців та потерпілих від свавілля кредиторів, як сильної сторони в договорі споживчого кредитування про порушення, їх види, форми та способи протидії їм. З одного боку, це може бути витлумачено як дифамація та поширення інформації, що шкодить кредиторам, а з іншого – як попередження для потенційних позичальників.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Щодо правовідносин кредитування в науковій (А.Ю. Бабаскін, І.А. Безклубий, Л.Г. Єфімова, Г.О. Ільченко, Є.В. Карманов, С.М. Лепех, Л.П. Оплачко, В.Я. Погребняк та інші) та навчальній літературі встоялись стійкі підходи до їх розуміння та визначення у логічній послідовності: економічні відносини – їх форма, правовідносини – галузеві відносини, зокрема, цивільні, – підгалузеві відносини, наприклад договірні, учасником яких є фізична особа-споживач, що умовно у ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» названо споживчими, інституційні – договір кредитування та субінституційні – зокрема, за договором споживчого кредитування. Однак про все по порядку і передусім про чинне законодавство та його достатність у забезпеченні стабільності останнього з наведеного вище. У ньому більше приділено увагу захисту прав позичальників і менше – їх охороні.

Мета статті полягає в обґрунтуванні охорони прав позичальників споживчих кредитів, як відносно самостійного напрямку консюмеризму, розробці елементів механізму охорони прав споживачів та встановленні можливих прогалів та суперечностей діючого концепту такого кредитування. *Об'єктом* стали акти позитивного права – як міжнародного, так і національного, а предметом – практика його застосування та здатність забезпечити охорону прав та охоронюваних законом інтересів позичальників споживчих кредитів.

Виклад основного матеріалу. Зазвичай кредитування – економічні відносини, які стосуються грошового обороту в країні у межах дії економічних закономірностей. Вони як і інші піддані правовому регулюванню нормами позитивного права. Тож йдеться про позитивне визначення, охорону і їх механізм, забезпечення охоронної функції цивільного права. Тут збігаються публічні інтереси з формуванням видаткової частини бюджету і підтриманням лояльності споживчого кредитування через стимулювання отримання таких кредитів і приватного збалансованого інтересу до них. Тож наразі така позитивна основа створена.

Небезпеки виникають при переводі норм позитивного права на договірне мононормативне регулювання. Тут можливі відхилення від вимог чинного законодавства в договорах про приєднання, в їх тлумаченні, порушенні інформаційних прав, їх конкуренцією із комерційною та, зокрема, банківською таємницею. Йдеться про тлумачення змісту правочину (ст. 213 ЦК України)¹ та умов договору (ст. 637 ЦК України) відповідно до приписів цих статей чи свавільного розуміння свободи договору (ст. 627 ЦК) на власну користь сильною стороною договору.

У ст. 1 ЦК України встановлено, що ним регулюються цивільні відносини: по-перше, особисті немайнові та майнові – цивільні відносини; по-друге, встановлено їх особливості – принцип юридичної рівності, вільного волевиявлення при укладенні такого договору, майновій самостійності їх учасників, зокрема позичальників. У споживчій сфері виокремлені споживачі як учасники таких правовідносин.

Ми солідаризуємося, що «Основними ознаками цивільних правовідносин є те, що: 1) їх учасники юридично рівні, організаційно та майново відокремлені і не підпорядковані один одному; 2) вони, як правило, не визначені імперативно; 3) встановлені підстави їх виникнення, але їх учасники можуть проявляти власну

ініціативу; 4) їх зміст складають суб'єктивні права та юридичні обов'язки; 5) захист порушених – ініціативний зі сторони потерпілої особи і інших осіб, а форма захисту – юрисдикційна і неюрисдикційна². Проте ми вважаємо, що на загальному рівні в загальній частині ЦК упущено таку категорію, як споживач.

З огляду на парність категорій логічно передбачити: якщо законодавець у главі 5 змодельовав правове становище фізичної особи-підприємця, то доречно було б їй на противагу змодельовати й категорію «споживач»: визначити поняття споживча, сформулювати їх основні права, цивільно-правове забезпечення, загальні підходи до охорони та захисту прав споживачів.

Правовідносини за правовим становищем їх учасників вбачаються у послідовності: учасники цивільних правовідносин (ст. 2 ЦК) – фізичні особи як учасники цивільних правовідносин: загальне правове становище (глава 4 ЦК), підприємці та (глава 5 ЦК України) – учасники як сторони зобов'язань (ст. 510 ЦК України) – сторона договору (ст. 627 ЦК – сторона договору на надання кредиту (ст. 1054 ЦК України) – сторона договору споживчого кредиту (ст. 1 Закону України «Про споживче кредитування» – потерпілий споживач (ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»).

При перетинанні категорій «фізична особа», «фізична особа – позичальник» і «споживач як учасник ринку фінансових послуг» слід виходити з того, що втрати фізичної особи від порушення її прав набагато вагоміші, ніж втрати інших суб'єктів, які здійснюють підприємництво з його ризиковістю, ризиками, як незмінними його атрибутами, що проведено у ст. 42 ГК України³.

Певною мірою це стосується і тієї частини цивільного законодавства, яка регулює відносини за участю споживачів, які умовно названі *споживчими відносинами*. Це прояв деталізації цивільних правовідносин, де, з одного боку, проведено ідею про пріоритет прав споживача, який «завжди правий», а з іншого – підпорядкованість суб'єктів господарювання забезпеченню споживачів та дотримання їх прав, що передбачені Законом України «Про захист прав споживачів» та інших нормативних актів у цій частині.

Споживчі правовідносини за їх елементами відрізняються від інших:

1) суб'єктом складом, зокрема, участь у них фізичної особи (людини) як споживача та, власне, «слабкої сторони» договірних зобов'язань. У ч. 22 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника;

2) підприємця, як наперед зобов'язаного професіонала, що діє на певному ринку, де є виписані умови (ліцензійні та інші, правила обслуговування того ж споживача, санітарні правила тощо. У ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»: а) виконавець – суб'єкт господарювання, який виконує роботи або надає послуги; б) виробник – суб'єкт господарювання, який: виробляє товар або заявляє про себе як про виробника товару чи про виготовлення такого товару на замовлення, розміщуючи на товарі та/або на упаковці чи супровідних документах, що разом з товаром передаються споживачеві, своє найменування (ім'я), торговельну марку або інший елемент, який ідентифікує такого суб'єкта господарювання; або імпортує товар;

3) сфера підприємницької діяльності, що уточнена у ст. 1-1 Закону України «Про захист прав споживачів», а саме: відносини між споживачами товарів (крім харчових продуктів, якщо інше прямо не встановлено цим Законом), робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг.

Таким чином, споживчі правовідносини є цивільними, що складаються в певній сфері з певними учасниками, де перевага у правовому становищі надана саме споживачу як превенція від зловживань сильною стороною. Відповідно, йдеться про рівні такого регулювання приватних правовідносин: перший – міжнародний із підрівнем європейський та національний. Водночас ця залежність окремими авторами ігнорується і наголос зроблено на національне законодавство. Так, С.М. Лепех вказала, що питання договірної регулювання відносин споживчого кредитування, окрім § 2 глави 71 ЦК України (далі – ЦК України), який містить норми про кредитування в цілому, врегульовано Законом України «Про споживче кредитування»⁴. Проте, на наш погляд, аксіоматично, що регулюються правовідносини, а не питання.

Законодавець вдосконалює охорону та захист прав позичальників. Так 11 вересня 2019 р. Верховна Рада України прийняла за основу Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав споживачів фінансових послуг», що передбачає створення належної системи захисту прав споживачів фінансових послуг, усунення прогалин та неузгодженостей у чинній системі нормативно-правового забезпечення захисту прав споживачів, в тому числі у Законі «Про споживче кредитування». Очікується, що це дасть змогу зміцнити довіру споживачів фінансових послуг до цього сектору, створити механізми захисту їх прав та інтересів, забезпечити кращу поінформованість споживачів про ці послуги та умови їх надання.

Основне його спрямування – реалізація завдань захисту прав споживачів фінансових послуг, що, в тому числі, надає уповноваженим органам право застосовувати до фінансових установ та інших суб'єктів господарювання, які надають фінансові послуги, заходи впливу та накладати на посадових осіб юридичної особи або фізичних осіб-підприємців, які надають фінансові послуги, адміністративні стягнення.

Передбачені зміни до Закону України «Про споживче кредитування» та розширення поняття «загальні витрати за споживчим кредитом», а також норми щодо укладення договору про споживчий кредит у вигляді електронного документа та використання електронного підпису при його підписанні⁵.

Водночас споживче кредитування розвивалось на парадигмі охорони та захисту прав споживачів. Так, Резолюція 39/248 Генеральної Асамблеї ООН «Керівні принципи для захисту інтересів споживачів» (прийнята 9 квітня 1985 р. на 106-му пленарному засіданні Генеральної Асамблеї ООН)⁶ передбачає, що уряди

повинні розробляти, зміцнювати або продовжувати активну політику захисту інтересів споживачів із врахуванням викладених нижче керівних принципів. ООН визначила пріоритетні напрями (цілі) своєї діяльності в сфері захисту інтересів і прав споживачів, зокрема: а) сприяти країнам у встановленні та подальшому забезпеченні належного захисту свого населення як споживачів; б) допомагати у створенні структур виробництва та розподілення, здатних задовольнити потреби та запити споживачів; в) заохочувати високий рівень етичних норм поведінки тих, хто пов'язаний з виробництвом та розподіленням товарів та послуг для споживачів; г) сприяти країнам у боротьбі зі шкідливою діловою практикою підприємств на національному і міжнародному рівнях, яка негативно позначається на споживачах; д) допомагати у створенні незалежних груп споживачів; е) розширювати міжнародне співробітництво в галузі захисту інтересів споживачів; є) заохочувати створення ринкових умов, які надають споживачам найширший вибір при найнижчих цінах.

Зазначені керівні принципи за п. 3 цих принципів спрямовані на задоволення наступних законних потреб: а) захист споживачів від шкоди їхньому здоров'ю й безпеці; б) сприяння економічним інтересам споживачів і захист цих інтересів; в) доступ споживачів до відповідної інформації, необхідної для компетентного вибору відповідно до індивідуальних запитів і потреб; г) освіта споживачів; е) наявність ефективних процедур розгляду скарг споживачів; ф) свобода створювати споживчі та інші відповідні групи або організації, можливість для таких організацій висловлювати свою точку зору в процесі ухвалення рішень, що зачіпають їхні інтереси.

Урядам слід створити або зберегти належну інфраструктуру для розробки, здійснення і контролю політики захисту інтересів споживачів. Особлива увага повинна бути приділена забезпеченню того, щоб заходи щодо захисту інтересів споживачів проводили на благо всіх верств населення, особливо сільського. Тут йдеться про заходи охорони прав споживачів, зокрема інформаційні, освітні, процедурні, організаційні.

У Директиві Ради 87/102/ЄЕС «Про наближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів щодо споживчого кредиту» від 22 грудня 1986 р. (далі – Директива 87/102/ЄЕС)⁷ передбачено, що програми Європейського економічного співтовариства щодо захисту споживача та щодо інформаційної політики передбачають, крім усього іншого, необхідність захисту споживача від нечесних умов кредиту і пріоритетність гармонізації загальних умов, якими регулюється споживчий кредит. Відповідно до її ч. 9 споживач повинен отримувати адекватну інформацію про умови і вартість кредиту та про свої зобов'язання; враховуючи те, що ця інформація повинна включати, крім усього іншого, річну відсоткову ставку збору за кредит або за її відсутності загальну суму, яку споживач повинен сплатити за кредит; враховуючи те, що до прийняття рішення Співтовариством про метод чи методи обрахунку річної відсоткової ставки збору держави-члени повинні зберегти існуючі методи або практику обрахунку цієї ставки, або, якщо це не можна зробити, повинні прийняти положення для зазначення загальної вартості кредиту для споживача. З огляду на це ч. 16 передбачено, що захист споживача покращується, якщо кредитні угоди складені в письмовій формі і містять певний мінімум даних щодо умов контракту зокрема: d) «загальна вартість кредиту для споживача» – це всі виплати за кредит, включаючи відсотки та інші збори, безпосередньо пов'язані з кредитною угодою, визначені відповідно до положень та практики, які існують або будуть встановлені державами-членами; е) «річна відсоткова ставка збору» – це загальна вартість кредиту для споживача, що виражена як щорічний відсоток від розміру кредиту, що надається, і врахована відповідно до існуючих методів держав-членів.

Також за її ст. 6, якщо між кредитною установою або фінансовою установою та споживачем є угода (договір) про надання кредиту у формі нарахувань на поточний рахунок, але не на рахунки кредитної картки, споживач повинен бути поінформований під час або до укладення угоди про: *ліміт кредиту, якщо такий є; річну відсоткову ставку і збори, які нараховуються з часу укладення угоди та умови, за яких вони можуть бути змінені; процедуру припинення дії угоди.* У всякому разі ця інформація має бути підтверджена письмово.

У ст. 3 Директиви Ради 93/13/ЄС від 5 квітня 1993 р. щодо несправедливих умов споживчих договорів⁸ визначено, що умова договору, яка не обговорювалась індивідуально, має розглядатись як несправедлива, якщо за порушення вимоги сумлінності вона викликає значні невідповідності в правах та обов'язках сторін, що впливають з договору, на шкоду споживачу (ч. 1). При тому резюмовано: умова є завжди обговореною індивідуально, якщо вона була складена заздалегідь, і тому споживач не мав можливості вплинути на склад умови, особливо у зв'язку із заздалегідь сформульованим стандартним договором. Те, що деякі елементи умови або одна конкретна умова були обговорені індивідуально, не має виключати застосування цієї статті до іншої частини договору, якщо загальна оцінка договору вказує на те, що він є заздалегідь сформульованим стандартним договором. Якщо будь-який продавець або постачальник стверджують, що стандартну умову було обговорено індивідуально, тягар доведення у зв'язку з цим має бути покладено на нього (ч. 2).

У Директиві 2005/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11 травня 2005 р. (далі – Директива 2005/29/ЄС), щодо несправедливих торгівельних практик бізнесу для споживача на внутрішньому ринку зі змінами Директивою Ради 84/450/ЄЕС, Директивами 97/7/ЄС, 98/27/ЄС та 2002/65/ЄС Європейського Парламенту та Ради, а також до Регламенту (ЄС) № 2006/2004 Європейського Парламенту та Ради («Директива щодо несправедливих торгівельних практик»)⁹ визначено: d) «несправедливі торгівельні практики бізнесу для споживача» (далі також торгівельні практики) означають будь-яку дію, умовчання, поведінку або представлення торгівельну комунікацію, включаючи рекламу та маркетинг, торгівця, безпосередньо пов'язаного з пропагандою, продажем або постачанням продукту споживачам; е) «фактично викривляти економічну поведінку споживачів» означає використання торгівельних практик, щоб помітно викривляти здатність споживача приймати поінформоване рішення, таким чином змушуючи споживача приймати ділове рішення, яке

за інших умов він би не прийняв; і) «спонукання до покупки» означає торгівельну комунікацію, яка відображає характеристики продукту та ціну відповідно до заходів використовуваної торгівельної комунікації, таким чином спонукаючи споживача зробити покупку.

Для нас цікавими є передбачені її статтею 7 оманливі замовчування: у її фактичному контексті, беручи до уваги усі її характеристики, обставини і обмеження середовища комунікації, вона замовчує фактичну інформацію, яку потребує середньостатистичний споживач, щоб прийняти поінформоване ділове рішення, і таким чином спонукає або здатна підштовхнути середньостатистичного споживача прийняти рішення, яке за інших обставин він би не прийняв. Беручи до уваги питання, які розглядалися у пункті 1: торговець приховує або надає у неясній, незрозумілій, двозначній або недоречній формі таку фактичну інформацію, яка передбачена у тому пункті, або не може ідентифікувати торгівельну ціль торгівельної практики, ще не зрозумілу з контексту.

Отже, цим правом чітко визначено права споживачів та позичальників кредитів і йдеться лише про їх забезпечення: 1) в імплементації цих правил в національне законодавство; 2) неухильне виконання їх приписів учасниками правовідносин і насамперед сильною стороною; 3) забезпечення дієвості наглядових та контрольних інстанцій держави та самоуправних організацій із захисту прав споживачів. Наразі йдеться про превентивне спрямування, стосовно споживачів охоплює категорія «поінформований споживач», що забезпечується інформаційно, технічно, програмно, наявністю позитивних зобов'язань урядів держав щодо створення належного забезпечення охорони та захисту в позитивному праві.

Норми національного права прийняті з урахуванням положень зазначених вище актів, оскільки: тривають глобальні об'єднувальні рухи; Україна: є стороною значної кількості цих міжнародних угод; країна намагається інтегруватися у європейський простір і стати повноправним членом ЄС; при їх розробці вони пройшли прискіпливу експертизу європейських інстанцій та експертів; національні розробники орієнтовані на ці акти і досить часто окремі статті переписують як національні; нормопрокети проходять експертизу в Інституті законодавства Верховної Ради України, установах НАН України та установах Національної академії правових наук України, самій Верховній Раді України.

У Конституції України передбачено ч. 4 ст. 42, що держава захищає права споживача, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт. Нагадаємо, що згідно з ч. 1 ст. 4 ЦК України Конституція України становить основу цивільного законодавства України, а сам цей кодекс за ч. 2 цієї статті є основним актом цивільного законодавства України. За ним фізичні особи є учасниками цивільних відносин (ч. 1 ст. 2), діють за засадами цивільного законодавства, у тому числі свободи договору (ст. 3 ЦК), за ч. 3 ст. 6 можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Проте за абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Відповідно, якщо права споживачів змодельовані для їх охорони та захисту на єдиних підходах, то обов'язок виробників та товаровласників щодо дотримання цих прав та охоронюваних законом інтересів споживачів є імперативом.

Такий імператив слід підтримувати як приватноправовими, так і публічно-правовими інститутами права як загальний посил законодавства, де судовий захист (форма) є крайньою мірою, а законодавство передбачає досудові примирні (медіаційні) та адміністративно-правові засоби і способи захисту прав споживачів. Не дарма законодавець йде тим шляхом і звільнив від сплати спочатку мита, а потім і судових зборів споживачів. Так, рішенням № 14-57цс18 Великої палати Верховного Суду від 21 березня 2018 р.¹⁰ ухвалено звільнення від сплати судового збору. До того це передбачалося Законом України «Про захист прав споживачів». Проте в Законі України «Про судовий збір»¹¹ від 8 липня 2011 р. № 3674-VI в ч. 2 ст. 3 із переліку категорій позивачів, які звільнені від сплати судового збору під час розгляду справи в усіх судових інстанціях, позивачів, які звертаються до суду за захистом своїх прав як споживачі не передбачено. Слід виходити із презумпції охорони та захисту права споживачів і внести в цей перелік споживачів. Тож доцільно ч. 2 ст. 3 доповнити п. 12-2 в редакції «позови про захист прав споживачів».

Водночас фізична особа як учасник цивільних правовідносин у споживчих відносинах за ст. 13 ЦК її цивільні права здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. При їх здійсненні особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Важливим є те, що за ч. 3 цієї статті не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах, а за ч. 5 не допускається використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монополією становити на ринку, а також недобросовісна конкуренція.

Висновки. Таким чином, в актах законодавства не виокремлено такий важливий напрям позитивістського впливу на відносини споживчого кредитування, як охорона. Наявність такого законодавства само по собі надає визначеності як споживчому кредитуванню, так і охороні прав позичальників.

Між тим, право на охорону має двоїстий характер: є правом і його гарантією. Як і всяке суб'єктивне право, *право на охорону* є мірою можливої поведінки управненої особи, зокрема, діяти певним чином у встановлених законом межах. Споживач може вимагати визначену поведінку кредитодавця, в тому числі, звернутися в органи захисту прав споживачів.

Охороною прав є широкий комплекс засобів правового, організаційного, процедурного й іншого характеру, що надає споживачу можливість реагувати на порушення його прав чи його загрози. Охорона прав пози-

чальника спрямована на недопущення їх порушення шляхом усунення негативних факторів соціального середовища. Вона є більш широкою правовою категорією, ніж захист і містить у собі всі юридичні правила щодо визначеного блага. Вона передбачає застосування системи засобів, що забезпечують здійснення належних особі суб'єктивних прав, їх непорушність, цілісність, можливість поновлення у випадку порушення. Вона охоплює активні дії самого носія права, які спрямовані на попередження зазіхань з боку інших управлених осіб або усунення їхніх негативних наслідків.

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/435-15>

² Цивільне право України: підручник: у 2 ч. / за ред. Р.Б. Шишки (кер. авт. кол.). 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Вид-во «Ліра-К», 2018. Ч. 1: Загальна частина. 736 с.

³ Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>

⁴ Лепех Світлана. Умови договору споживчого кредитування. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 29–32.

⁵ Рада прийняла за основу закон про захист споживачів фінпослуг. URL: <https://www.rbc.ua/ukr/news/rada-prinyala-osnovu-vu-zakon-zashchite-potrebiteley-1568203048.html>

⁶ Керівні принципи для захисту інтересів споживачів: резолюція Генеральної асамблеї ООН від 09.04.1985 р. № 39/248. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/995_903

⁷ Про наближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів щодо споживчого кредиту : директива Ради 87/102/ЄЕС від 22.12.1986 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_350

⁸ Директива Ради 93/13/ЄС від 5.04.1993 р. щодо несправедливих умов споживчих договорів.

⁹ Директива 2005/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11.05.2005 р. щодо несправедливих торговельних практик бізнесу для споживача на внутрішньому ринку та внесення змін до Директиви Ради 84/450/ЄЕС, Директив 97/7/ЄС, 98/27/ЄС та 2002/65/ЄС Європейського Парламенту та Ради, а також до Регламенту (ЄС) № 2006/2004 Європейського Парламенту та Ради («Директива щодо несправедливих торговельних практик»). URL: www.lj.kherson.ua/2015/pravo02/part_2/2-2_2015.pdf

¹⁰ Рішення № 14-57цс18 Великої палати Верховного Суду від 21.03.2018 р. URL: search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS180444.html

¹¹ Про судовий збір : Закон України від 8.07.2011 р. № 3674-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17>

Резюме

Мельник І.І. Позитивне забезпечення охорони прав позичальників споживчих кредитів.

У статті йдеться про охорону прав позичальників споживчих кредитів та її забезпечення позитивним правом. Автор приримується розмежування охорони прав та їх захисту, де перша ширша за обсягом і забезпечує недоторканність суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів, а також самозахист у разі посягання на них. Вона має превентивне спрямування і стосовно споживачів охоплює категорію «поінформований споживач», забезпечується інформаційно, технічно, програмно, організаційно, зокрема діяльністю державних та самоуправних органів. Навпаки, захист можливий лише при порушенні прав чи після.

Автор звертає увагу, що охороні прав у позитивному праві приділено менше уваги, аніж захисту. Відповідно, зростає навантаження на органи захисту прав людини-споживача. Окрім того, в ЦК вказано лише підприємця і не передбачено споживача. Пропонується симетрично передбачити таку особу в основному акті цивільного законодавства. Відповідно обґрунтована потреба розробляти засоби, способи, форми охорони прав споживачів і, зокрема, позичальників споживчих кредитів. Правом чітко визначено права споживачів та позичальників кредитів. Здебільшого йдеться лише про їх забезпечення: 1) в імплементації цих правил в національне законодавство; 2) неухильного виконання їх приписів учасниками правовідносин і насамперед сильною стороною; 3) забезпечення дієвості наглядових та контрольних інстанцій держави та самоуправних організацій із захисту прав споживачів.

Ключові слова: кредит, споживчий кредит, права, споживач, позичальник споживчих кредитів, охорона.

Резюме

Мельник І.І. Позитивное обеспечение охраны прав заемщиков потребительских кредитов.

В статье говорится об охране прав заемщиков потребительских кредитов и ее обеспечении позитивным правом. Автор придерживается разграничения охраны прав и их защиты, где первая шире по объему и обеспечивает неприкосновенность субъективных прав и охраняемых законом интересов, а также самозащиту в случае посягательства на них. Она имеет превентивное направление и относительно потребителей охватывает категорию «проинформирован потребитель», обеспечивается информационно, технически, программно, организационно, в частности, деятельностью государственных и самоуправляемых органов. Напротив, защита возможна лишь при нарушении прав или после.

Автор обращает внимание, что охране прав в позитивном праве уделено меньше внимания, чем защите. Соответственно, возрастает нагрузка на органы защиты прав человека-потребителя. Кроме того, в ГК указано только предпринимателя и не предусмотрено потребителя. Предлагается симметрично предусмотреть такое лицо в основном акте гражданского законодательства. Обоснована необходимость разрабатывать средства, способы, формы охраны прав потребителей и, в частности, заемщиков потребительских кредитов. Правом четко определены права потребителей и заемщиков кредитов. Преимущественно речь идет только об их обеспечении: 1) в осуществлении этих правил в национальное законодательство; 2) неукоснительное выполнение их предписаний участниками правоотношений и прежде всего сильной стороной; 3) обеспечение действенности надзорных и контрольных инстанций государства и самоуправляемых организаций по защите прав потребителей.

Ключевые слова: кредит, потребительский кредит, заемщик потребительских кредитов, права, потребитель, охрана.

Summary

Ivanna Melnyk. Positive protection of the rights of borrowers of consumer loans.

The article deals with the protection of the rights of borrowers of consumer loans and its provision with a positive right. The author adheres to the distinction between the protection of rights and their protection, where the former is broader in scope and ensures the inviolability of subjective rights and legally protected interests, and self-defense in case of encroachment. It has a preventive focus and in relation to consumers covers the category of "informed consumer", is provided with information, technical, program, organizational, in particular the activities of state and local authorities. On the contrary, protection is possible only in case of violation of rights or after. The author substantiates the protection of the rights of borrowers of consumer loans as a relatively independent direction of consumerism, the development of positive manifestations in the development of elements of the mechanism of consumer protection and possible gaps and contradictions of the current concept of such lending.

The author pays attention to the fact that the protection of rights in positive law is given less attention than protection. Accordingly, the burden on consumer protection bodies is growing. In addition, the CC lists only the entrepreneur and does not provide for the consumer. It is proposed to symmetrically provide for such a person in the main act of civil law. Accordingly, the need to develop means, methods, forms of protection of the rights of consumers and in particular borrowers of consumer loans is justified. The law clearly defined the rights of consumers and borrowers. For the most part, it is only a question of ensuring them: 1) in the implementation of these rules into national legislation; 2) strict implementation of their instructions by the parties to the legal relationship and, above all, by a strong party; 3) ensuring the effectiveness of supervisory and control bodies of the state and self-governing organizations for the protection of consumer rights.

Key words: credit, positive protection of the rights, consumer credit, rights, consumer, security.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.40

УДК 347.91

Д.О. МЕНЮК

*Дарина Олегівна Менюк, аспірантка Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-7083-7573

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ОБ'ЄКТИВНОЇ ІСТИНИ ПРИ ПЕРЕГЛЯДІ СУДОВИХ РІШЕНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Побудова правової держави в Україні має своїм завданням забезпечення прав і законних інтересів громадян. Конституція нашої держави визначає, що найвищою соціальною цінністю є людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека. Гарантією дотримання цієї норми також є можливість звернення кожного до суду за захистом своїх прав і свобод у разі їх порушення, обмеження або невизнання. Такий механізм дає змогу вести мову про забезпечення дієвості верховенства права, що є однією із цілей нашої держави.

Оскільки виключно на суд покладено обов'язок розгляду і вирішення справ, а ця система органів діє від імені держави, саме ним має бути чітко дотримано не тільки законів, а й основоположних засад, які подекуди хоч і не закріплені законодавчо, проте мають безпосередній вплив на здійснення правосуддя. Природно, що для ухвалення справедливого, обґрунтованого і законного рішення, суду та його учасникам необхідно дотримуватись усіх принципів, які тісно взаємопов'язані один з одним і утворюють єдину систему, що об'єднана спільною метою – забезпечення прав та законних інтересів особи.

Одним із таких принципів є принцип об'єктивної істини, дотримання якого дає змогу вести мову про здійснення справедливого судочинства. На жаль, сьогоденні реалії, що залежать від умов як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру, свідчать про неналежне дотримання принципів здійснення правосуддя, у тому числі й щодо розгляду та вирішення цивільних справ.

Аналіз останніх досліджень. Варто зазначити, що у сучасній доктрині принципу об'єктивної істини майже не присвячено наукових досліджень, він не часто аналізується з точки зору чинного цивільного процесуального законодавства України, зокрема, з огляду на поширену думку, відповідно до якої принцип об'єктивної істини тісно пов'язаний із правом радянського періоду, а тому не може бути одним із основоположних принципів у демократичних державах. Однак з огляду на важливість цього принципу для здійснення правосуддя, безсумнівно, можна дійти висновку, що тема принципу об'єктивної істини у судочинстві все ж залишається актуальною. Проблема реалізації цього принципу досліджувалась вітчизняними і зарубіжними науковцями. Так, принцип об'єктивної істини розглядався у працях А.В. Андрушка, С.О. Волосенка, К.В. Гусарова, В.В. Комарова, В.А. Кройтора, Н.Ю. Сакари, Г.П. Тимченка, О.С. Ткачука, М.С. Шакарян, М.Й. Штефана та ін.

© Д.О. Менюк, 2020

* *Daryna Meniuk, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Формулювання мети статті. Метою цього дослідження є визначення принципу об'єктивної істини саме у площині цивільного процесу, його поняття та змісту; виявлення взаємозв'язку принципу об'єктивної істини з іншими принципами цивільного судочинства; вираження принципу об'єктивної істини в інших нормах цивільного процесуального права, а також дослідження проблеми реалізації цього принципу і можливі шляхи їх вирішення, зокрема, з огляду на особливості перегляду судового рішення за нововиявлених або виключних обставин.

Виклад основного матеріалу. Насамперед варто зазначити, що завдання встановлення дійсних обставин справи, а відтак ухвалення справедливих судових рішень, існувало завжди. Ще в римському праві було відомо, що «рішення визнавалось за істину в даному спорі і мало обов'язкову силу для сторін, що було його характерною рисою як акта тлумачення і застосування норми права¹.

Проте, незважаючи на таке багаторічне існування підходів до необхідності правди при вирішенні справ, із реалізацією принципу об'єктивної істини завжди виникало безліч проблем, які неодноразово обговорювались у теорії цивільного процесуального права. Підставами, що спричиняли таку проблематику, є, на думку Г.П. Тимченка, суперечливість процесуального законодавства, а також вплив на судову гілку влади інших органів державної влади. Своєю чергою, в суперечливості законодавства автор вбачає, що «з одного боку, вимагалось досягнення правди, а з іншого боку, існувала система формалізованих доказів, які розташовувались в певному порядку і мали переваги одне перед одним, що навряд чи дозволяло суду встановлювати істинні обставини справи»².

Хоча наразі Конституцією закріплено принцип стримування і протидії трьох гілок влади, а чинним цивільним процесуальним кодексом визначено, що жоден доказ не має для суду заздалегідь встановленої сили, принцип об'єктивної істини продовжує породжувати питання щодо його практичної реалізації. Насамперед доцільно визначити поняття принципів судочинства в цілому. Так, вони визначаються як «основні засади, які закріплені в законі і виражають суть правосуддя. Значення принципів полягає у тому, що вони забезпечують однакове розуміння і застосування законів всіма учасниками правосуддя та слугують орієнтиром для юристів в їх практичній діяльності»³. В.Т. Маляренко наводить визначення принципам судочинства як керівним засадам (ідеям), що стосуються завдань, засобів та способів здійснення судочинства⁴.

Щодо принципів саме цивільного процесуального права, то за визначенням М.С. Шакар'ян під ними слід розуміти основні положення, які відображають її специфіку і зміст, або засади побудови процесу в цілому і всієї системи цивільних процесуальних дій і відносин відповідно до завдань правосуддя⁵. Своєю чергою, М.Й. Штефан наводить наступне визначення: «принципами цивільного процесуального права будуть закріплені в його нормах правові погляди українського народу на завдання і мету правосуддя в цивільних справах (цивільного судочинства), організаційної його побудови і процесуальної діяльності, процесуально-правових повноважень суду та процесуально-правового становища учасників процесу – громадян, підприємств, установ, організацій»⁶.

Так, загалом принцип об'єктивної істини можна визначити як керівну засаду, що визначає зміст і спрямованість цивільного процесу, а також виявляється в нормах цивільного процесуального права. С.С. Алексєєв наводить визначення принципу об'єктивної істини як вираженої у праві вимоги, відповідно до якої рішення правозастосовного органу має повно і точно відповідати об'єктивній дійсності⁷. Зміст принципу об'єктивної істини також полягає у тому, що «правосуддя виконає покладені на нього завдання тоді, коли воно здійснюватиметься у відповідності із законом, на основі встановлення об'єктивної істини за фактичними обставинами справи, а не тільки в певних межах і на основі припущення про їх наявність»⁸.

Враховуючи викладені позиції щодо визначення принципів загалом, цивільних процесуальних принципів та принципу об'єктивної істини, можна дійти висновку, що останньому притаманні загальні ознаки принципів цивільного судочинства, оскільки цей принцип містить певну ідею, що виражається в нормах цивільного процесуального права. Стосовно нормативного закріплення цього принципу, варто зазначити, що безпосередньо у нормах процесуального законодавства визначення принципу об'єктивної істини відсутнє. Разом із тим його зміст відображається в різних правових нормах законодавства про судоустрій, в окремих процесуальних кодексах, а також у взаємозв'язку із іншими принципами процесуального права.

Наприклад, текст присяги судді, встановлений ст. 57 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», наголошує, що особа, вступаючи на посаду судді, присягає «... об'єктивно, безсторонньо, неупереджено, незалежно, справедливо та кваліфіковано здійснювати правосуддя...»⁹. Своєю чергою, ч. 5 ст. 12 ЦПК України визначає, що суд має зберігати об'єктивність і неупередженість при виконанні своїх повноважень із здійснення судочинства¹⁰. У процесуальній науці існують різні підходи до визначення ролі суду у процесі, але доцільно погодитись із думкою А.В. Андрушко, який вважає, що активність суду виражається через реалізацію низки принципів цивільного процесу, зокрема змагальності, об'єктивної істини, законності¹¹.

Проблема реалізації принципу об'єктивної істини безпосередньо пов'язана з порушенням принципу рівності. На думку О.С. Ткачука, порушення рівноправності сторін має місце у випадках, коли сторони з тих чи інших причин мають нерівні можливості щодо доведення своєї позиції у суді, з огляду на суб'єктивні фактори. І тут постає інша проблема, порушення принципу змагальності. На думку автора, воно «має місце у тих випадках, коли лише суд має доступ до доказів, а сторонам вони не надаються», що, в свою чергу, спричиняє «відсторонення сторін від процесу збирання та дослідження доказів, тобто про відсутність змагальної форми процесу»¹².

З огляду на вказане, можна дійти висновку, що проблема реалізації об'єктивної істини прямо пов'язана з процесом доказування. Оскільки суд має всебічно з'ясувати обставини справи, то значна увага повинна приділятися саме формуванню предмета доказування, збиранню, поданню доказів, їх дослідженню та оцінці.

Статтею 89 ЦПК України встановлено, що суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Цьому кореспондує ч. 2 ст. 214 ЦПК України, норма якої визначає, що головуєчий відповідно до завдання цивільного судочинства керує ходом судового засідання, забезпечує додержання послідовності й порядку вчинення процесуальних дій, здійснення учасниками судового процесу їх процесуальних прав і виконання ними обов'язків, спрямовує судовий розгляд на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування обставин справи, усуваючи із судового розгляду все, що не має істотного значення для вирішення справи. Це також свідчить про те, що суд має дотримуватись принципу належності, допустимості, достовірності та достатності доказів, зміст щодо яких детально описаний у нормах чинної редакції цивільного процесуального кодексу України.

Відтак, об'єктивне з'ясування обставин справи означає обґрунтованість висновків суду дійсним обставинами справи. Висновки суду викладаються у рішенні, яке відповідно до ст. 263 ЦПК України повинно ґрунтуватись на засадах верховенства права, бути законним та обґрунтованим, а також відповідати завданню цивільного судочинства. Дотримання цих вимог до судового рішення свідчить про належний розгляд цивільної справи та правильне її вирішення.

Окремо постає проблема розуміння категорії «внутрішні переконання», оскільки у такому контексті воно може безпосередньо вказувати на умову суб'єктивності при дослідженні судом доказів і прийнятті рішення. Варто зазначити, що це поняття пов'язане з поняттям пізнання, тобто включає певні елементи філософського змісту. Саме філософія завжди досліджувала питання пізнання і проблеми істини.

Що стосується істини у праві, то її доцільно визначити як «відповідність закріплених у юридичних актах тверджень, висновків, приписів реальним процесам і фактам»¹³. Вона, за змістом, повинна мати об'єктивний характер, як результат пізнавальної діяльності. Разом із тим істина не може бути об'єктивною категорією, оскільки процес пізнання – це процес активного, творчого відображення дійсності у свідомості людини при її взаємодії із навколишнім світом. І хоча одним із принципів пізнання є принцип об'єктивності, все ж пізнання осмислюється через категорії «суб'єкт» та «об'єкт»¹⁴, а отже, містить в собі суб'єктивний аспект.

Вбачається, що принцип об'єктивної істини реалізувати на практиці не вбачається можливим. Суддя, розглядаючи справу, на основі свого досвіду, рис характеру, певним усвідомленням навколишнього світу, приймає рішення крізь призму власного сприйняття, подекуди орієнтуючись на власні симпатії і антипатії до тієї чи іншої сторони процесу або іншого учасника цивільного провадження.

Разом із тим у демократичних державах існують механізми, які дозволяють якщо не повністю знайти об'єктивну істину у справі, але наблизитись до її правильного вирішення. До таких механізмів насамперед належить перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядкух. У цьому випадку особа, оскаржуючи рішення до суду вищої інстанції, забезпечує перегляд рішення на предмет законності та обґрунтованості судового рішення; неправильне застосування судом норм матеріального чи порушення норм процесуального права.

Водночас перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами також є тим механізмом, через який може бути реалізовано принцип об'єктивної істини. Особливістю вираження принципу об'єктивної істини при перегляді судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами є те, що суд, ураховуючи істотні для справи обставини, що не були встановлені судом та не були і не могли бути відомі особі, яка звертається за переглядом судового рішення, або беручи до уваги рішення інших судів, національних та міжнародних, юрисдикція яких визнана на території України, яким встановлено істотні обставини для справи, має переглянути судові рішення, яке набрало законної сили з урахуванням таких обставин. Дослідження таких обставин та їх вплив на судові рішення, у свою чергу, свідчить про всебічне, повне, об'єктивне вирішення справи.

Насамкінець варто зазначити, що найважливішим механізмом подолання проблем неправильного вирішення цивільних прав слід вважати підвищення рівня правосвідомості, зокрема судді, що, в свою чергу, сприятиме побудові цивільного процесу на основі принципу об'єктивної істини. Правосвідомість О.Ф. Скакун визначає як «систему почуттєвих і мислених образів комунікативно-вольової спрямованості, через які відбувається безпосереднє і опосередковане сприйняття правової реальності – ставлення до чинного, минулого і бажаного права, до діяльності, пов'язаної з правом, до правових явищ та поведінки людей у сфері права»¹⁵. І хоча правосвідомість визначається суб'єктивною формою реалізації функцій права, високий її рівень у судді, як і наявність професіоналізму, дасть змогу більш об'єктивно підійти до розгляду справи та вирішити її належним чином. Тому, незважаючи на сприйняття навколишнього світу, обставин певної справи, ставлення до людей через суб'єктивну категорію пізнання, судді нашої країни мають досягти такого рівня професіоналізму, що дала б їм змогу певною мірою об'єктивно з'ясувати всі обставини справи і на підставі цього ухвалювати законні та обґрунтовані рішення у справі. Оскільки суд має пам'ятати, що істина у справі, зокрема і цивільного провадження, – це виключно об'єктивна категорія, що не має змінюватись залежно від тих чи інших суб'єктивних чинників.

Висновки. Таким чином, було розглянуто один із найважливіших принципів цивільного процесуального права – принцип об'єктивної істини, зміст якого полягає у всебічному, повному та неупередженому з'ясуванні обставин справи, що забезпечує ухвалення обгрунтованого, законного і об'єктивного судового рішення. Хоча принцип об'єктивної істини не закріплено в окремій нормі цивільного процесуального законодавства, він відображається через інші норми та принципи цивільного процесуального права. Проаналізувавши систему принципів цивільного процесу та місце принципу об'єктивної істини в цій системі, його взаємозв'язок і співвідношення з іншими принципами, зокрема законності, змагальності, рівності тощо, було зроблено висновок, що проблеми реалізації принципу об'єктивної істини залишаються невирішеними крізь призму порушення інших основоположних засади цивільного судочинства. Окремо проблема реалізації принципу об'єктивної істини постає з точки зору доказування у цивільному процесі – порушення правильного визначення предмета доказування, процедури зібрання доказів, їх подання і подальше дослідження, а також їх оцінка, веде до неповноти дослідження фактичних обставин справи, а відтак тягне за собою відсутність реалізації принципу об'єктивної істини. Водночас вказана проблема вирішується механізмами перегляду судових рішень, зокрема при перегляді за нововиявленими або виключними обставинами. Крім цього, необхідним є підвищення рівня правосвідомості суспільства в цілому, здебільшого суддів, аби зросло усвідомлення цінностей права, прав і свобод людини, зокрема через зменшення рівня деформації правосвідомості, таких як правовий нігілізм та правовий дилетантизм. Відтак, досягнення об'єктивної істини має стати ідеалом, прагнення до якого повинно забезпечуватись, у тому числі, і наявними механізмами, зокрема, інститутом перегляду судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами.

¹ Підпригора О.А., Харитонов Є.О. Римське право : підручник. 3-тє вид. Київ : Юрінком Інтер, 2013. С. 301–302.

² Тимченко Г.П. Принцип об'єктивної (судової) істини: еволюція доктрини та законодавства. *Юридична Україна. Цивільний процес*. 2010. Вип. 347/921. С. 89.

³ Молдован В.В. Судуострій. Україна, Велика Британія, Російська Федерація, США, ФРН, Франція. Судові органи ООН : навч. посіб. Київ : Центр учбової літератури, 2013. С. 83.

⁴ Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 2003. Т. 5: П-С. С. 129.

⁵ Гражданский процесс / под ред. М.С. Шакарян. Москва, 1993. С. 32.

⁶ Штефан М.Й. Демократичні принципи радянського цивільного судочинства. *Радянське право*. 1977. № 7. С. 18.

⁷ Алексеев С.С. Загальна теорія права. Т. II. URL: <http://osvita.125mb.com/printsip-obyektivnoy-istinyi-44338.html>

⁸ Штефан М.Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. 2-ге вид., перероб. та доп. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. С. 53–54.

⁹ Про судуострій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

¹⁰ Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

¹¹ Андрушко А.В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права : монографія. Харків : Консум, 2006. С. 36.

¹² Ткачук О.С. Проблеми реалізації судової влади у цивільному судочинстві : монографія. Харків : Право, 2016. С. 343.

¹³ Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 2: Д-Й. С. 729.

¹⁴ Решетов О.О., Кирильчук В.Т., Стежко З.В. Пізнання, чуттєве та раціональне пізнання. *Наукові записки*: в 10 ч. Ч. 1. Кіровоград: КНТУ, 2010. С. 25.

¹⁵ Скаун О.Ф. Теорія права і держави : підручник. 3-тє вид. Київ : Алерта, 2012. С. 96.

Резюме

Менюк Д.О. Реалізація принципу об'єктивної істини при перегляді судових рішень у цивільному процесі України.

У статті розглянуто поняття та правову сутність принципу об'єктивної істини у цивільному процесі України та визначено його місце у системі принципів цивільного процесуального права. Проаналізовано проблеми, які не дозволяють стверджувати про реалізацію принципу та досягнення об'єктивної істини при вирішенні судами окремих цивільних справ. Перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами визначено як один із механізмів наближення суду та учасників справи до об'єктивної істини.

Ключові слова: принципи цивільного процесуального права, перегляд судових рішень, цивільний процес, об'єктивна істина.

Резюме

Менюк Д.О. Реализация принципа объективной истины при пересмотре судебных решений в гражданском процессе Украины.

В статье рассмотрено понятие и правовую сущность принципа объективной истины в гражданском процессе Украины и определено его место в системе принципов гражданского процессуального права. Проанализированы проблемы, которые не позволяют утверждать о реализации принципа и достижению объективной истины при решении судами гражданских дел. Пересмотр судебных решений в связи с вновь открывшимися или исключительными обстоятельствами определено как один из механизмов приближения суда и участников дела к объективной истине.

Ключевые слова: принципы гражданского процессуального права, пересмотр судебных решений, гражданский процесс, объективная истина.

Summary

Daryna Meniuk. The implementation of the principle of objectivity of truth in the review of court decisions in the civil process of Ukraine.

The article draws attention to one of the most important principles of civil procedural law is the principle of objective truth, the substance of which is to clarify in full the circumstances of a case, that would allow a court to make a reasoned, lawful and objective decision. Doctrinal approaches to defining the notion of the principle of objective truth were also examined and its main features were identified.

In addition, the system of principles of the civil process, the place of the principle of objective truth in this system, its interrelation and relation with other principles, such as legality, competitiveness, equality, etc., were analysed. In this aspect, the main problems of the realization of the principle of objective truth were also identified through the prism of violation of other fundamental principles of civil justice.

One of the problems of realizing the objective truth principle was the problem of proof. Thus, a violation of the correct determination of the subject of evidence, the procedure for gathering evidence, their presentation and further investigation, as well as their evaluation, leads to incomplete study of the facts of the case, and therefore entails the failure to realize the principle of objective truth.

It is established that the principle of objective truth is, unfortunately, sufficiently abstract, since the trial proceeds through cognition, which eliminates the possibility of complete objectivity. It is considered necessary to increase the level of justice of the society as a whole, and of judges, especially, in order to increase awareness of the values of human rights, rights and freedoms and to reduce the level of deformation of justice, in particular legal nihilism and legal amateurism. The categories of truth in law and cognition as activities in the field of philosophical science were also explored, which made it possible to better understand the content of the principle of objective truth, including in the civil process.

Finally, it should be noted that despite the perception of the world, the circumstances of a particular case, the treatment of people through a subjective category of knowledge, our country's judges have to reach a level of professionalism that would allow to a certain extent clarify all the circumstances of the case objectively. Hence, on that basis to make legitimate, substantiated and objective decisions in the case. Therefore, the attainment of objective truth must be the ideal to be pursued, including through existing mechanisms, in particular the institute of judicial review, so the court must bear in mind that the truth of the case, including civil proceedings, is a purely objective category, which should not change depending on certain subjective factors.

Key words: principles of civil procedure law, review of court decisions, civil process, objective truth.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.41

УДК 346

Л.А. ОЛІЙНИК

*Лілія Анатоліївна Олійник, аспірантка Інституту економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова НАН України, адвокат**

ORCID: 0000-0002-5946-7524

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ СУБ'ЄКТАМ ГОСПОДАРЮВАННЯ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Єдина стаття законодавчого акта, що визначає основні засади господарювання в Україні і регулює господарські відносини, які виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання, щодо можливості відшкодування суб'єкту господарювання матеріальної компенсації моральної шкоди (ст. 225 Господарського кодексу України) не дозволяє чітко визначити межі можливої компенсації нематеріальних втрат суб'єкта господарювання, елементи моральної шкоди, якої може зазнавати суб'єкт господарювання та критерії розрахунку розміру матеріальної компенсації моральної шкоди, завданої суб'єкту господарювання, які стали б ефективним засобом відновлення становища, що існувало до настання обставин, що спричинили нематеріальні втрати суб'єкта господарювання.

Практика національних судів України свідчить, що переважно основна увагу приділяється компенсаціям матеріальних втрат суб'єктів господарювання, а справедлива сатисфакція втрат нематеріального характеру у більшості випадків залишається поза увагою судових органів. Поряд із тим у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) питання матеріального відшкодування моральної шкоди суб'єктам господарювання не є новиною, як і використовувані зазначеною інституцією категорії оцінки наявності та розмірів моральної шкоди є досить широкими, зважають як на прецедентну практику ЄСПЛ, так і на індивідуальні обставини кожної справи.

Вказане зумовлює потребу в дослідженні практики розгляду ЄСПЛ вимог про компенсацію моральної шкоди, що заявляються суб'єктами господарювання, означення критеріїв, які використовуються при вста-

© Л.А. Олійник, 2020

* *Liliia Oliinyk, Postgraduate student of the Institute of Economic and Legal Research named after V. Mamutov of the NAS of Ukraine*

новленні безпосередньо фактів наявності втрат нематеріального характеру суб'єктів господарювання та критеріїв визначення розміру справедливої сатисфакції до вимог вказаної категорії.

При цьому слід зважати на те, що за змістом ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України¹. На розширення цього положення Основного Закону в ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» зазначено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та практику ЄСПЛ як джерело права². Приймаючи зазначений вище закон у 2006 р. законодавець не обмежив коло відносин, що регулюються ним, лише відносинами, які виникають у зв'язку обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України, а визначив, що зазначеним законом регулюються відносини, які виникають з необхідності усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї; з впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини; зі створенням передумов для зменшення числа заяв до Європейського суду з прав людини проти України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання відшкодування моральної шкоди як у цілому, так і у окремих його аспектах, ставало предметом дослідження таких науковців, як І.С. Ніжинська, Н.В. Павловська, В.П. Паліюк, М.М. Фролов, В.Д. Чернадчук та інші. Проте специфіка відшкодування моральної шкоди, завданої суб'єктам господарювання, у тому числі в контексті практики ЄСПЛ, залишилася поза увагою науковців.

Формулювання мети статті. Виходячи з вказаних міркувань, метою цієї роботи є дослідження змісту інституту моральної шкоди суб'єктів господарювання, його елементів, критеріїв визначення розміру справедливої сатисфакції у випадках встановлених порушень у практиці ЄСПЛ.

Виклад основного матеріалу. Статтею 225 Господарського кодексу України визначено, що до складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом, поряд із вартістю втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства, додатковими витратами, неодержаним прибутком (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною³.

Відшкодування моральної (немайнової) шкоди, як один із способів захисту прав та законних інтересів суб'єкта господарювання може здійснюватися грішми, іншим майном або в інший спосіб.

Однак чітке означення критеріїв оцінювання, якими можна керуватися при визначенні розміру відшкодування моральної шкоди суб'єкта господарювання, в законодавстві України відсутнє. Хоча вбачається за необхідне при зверненні за справедливою сатисфакцією нематеріальних втрат суб'єктом господарювання, як і будь-якою іншою особою, у будь-якому випадку керуватися вимогами розумності й справедливості.

Саме на необхідності використання критерію справедливості при визначенні розміру моральної шкоди суб'єктів господарювання наголошує ЄСПЛ при розгляді конкретних справ за зверненнями суб'єктів господарювання і у своїх узагальненнях.

Статтею 41 Конвенції визначено, якщо Суд визнає факт порушення Конвенції або протоколів до неї і якщо внутрішнє право відповідної Високої Договірної Сторони передбачає лише часткове відшкодування, Суд, у разі необхідності, надає потерпілій стороні справедливую сатисфакцію⁴.

Слід звернути увагу на документ «Правила суду – компенсація шкоди» (далі – Правила)⁵, затверджений 28 березня 2007 р. на підставі ст. 32 Регламенту⁶, який використовуються Європейським судом з прав людини при розгляді справ із компенсації шкоди.

Важливим є те, що у вказаному документі визначається, що основною метою компенсації моральної шкоди в грошовій формі є відшкодування фізичних та психологічних страждань потерпілої особи. При цьому потерпілою особою в контексті зазначеного документа є не лише фізична особа, а й юридична особа, що може бути одночасно суб'єктом господарювання.

Вказаними Правилами визначено, що збитки, нанесені особі, як фізичній, так і юридичній, через порушення прав та законних інтересів, встановлених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та Протоколами до неї, можуть мати не тільки матеріальний, а й моральний характер, а також характер множинності. Однак, враховуючи природу моральної шкоди, Європейський суд з прав людини виходить із того, що розмір такої шкоди не піддається цілком точним розрахункам. Важливим є безпосередньо встановлення факту наявності нематеріальних втрат суб'єкта господарювання. Наступним етапом є встановлення судом підстав для надання грошової компенсації, розмір якої вираховується виходячи із принципу справедливості. Підпунктом 15 п. 3 вказаних вище Правил встановлено, що заявники, які бажають отримати компенсацію за нематеріальну шкоду, мають право вказати суму, що, на їх думку, була б справедливою. Заявники, які вважають себе жертвами більш ніж одного порушення Конвенції, можуть вимагати або одну одноразову суму, яка покриває всі передбачувані порушення, або окрему суму щодо кожного права, закріпленого Конвенцією.

Тобто в контексті визначеної проблематики ЄСПЛ звертає увагу на неможливість точних розрахунків при визначенні матеріальної компенсації моральної шкоди, у т.ч. суб'єкту господарювання, та одночасно звертає увагу на необхідність встановлення факту нематеріальних втрат суб'єкта господарювання у кожному окремому випадку.

Так, у справі «Комінгерсоль С.А. проти Португалії» (заява № 35382/97, остаточне рішення ухвалене 6 квітня 2000 р.)⁷ Європейський суд з прав людини постановив, що мало місце порушення ст. 6 Конвенції щодо права на справедливий судовий розгляд та відповідно до ст. 41 Конвенції присудив до стягнення на користь заявника 1500000 португальських ескудо як відшкодування моральної шкоди (що у 3,33 рази менше суми, яку заявила компанія до відшкодування). Ця справа розглядалася Великою палатою ЄСПЛ, оскільки вирішення спору вимагало з'ясування питання про можливість компенсації моральної шкоди саме юридичній особі – суб'єкту господарювання, а уряд держави Португалія стверджував, що юридична особа, суб'єкт підприємницької діяльності, не може вимагати відшкодування моральної шкоди узагалі та з підстав нерозумності строків судового провадження зокрема. Постановляючи рішення, Суд констатував, що під час судового розгляду у національних судах справи щодо примусового виконання постановленого на користь компанії-заявника рішення, яке набрало законної сили, мали місце значні затримки, які вже самі по собі свідчать про не виправдану тривалість слухання справи. Період у 17 років та п'ять місяців до винесення остаточного рішення у справі, провадження у якій на момент постановлення остаточного рішення ЄСПЛ повністю не завершено і, за своєю суттю, полягає у з'яванні питання про задоволення вимог стосовно примусового виконання юридичних обов'язків, а отже, за своєю природою вимагає негайного вирішення, не може вважатися розумним. Виходячи із конкретних обставин справи Суд дійшов висновку про нерозумність строку судового провадження, а отже, про порушення ч. 1 ст. 6 Конвенції. Серед обставин, які Суд взяв до уваги при визначенні наявності факту моральної шкоди суб'єкта господарювання та оцінці розміру її компенсації, стали такі: хвилювання, незручності, невизначеність становища заявника, його директорів та акціонерів, навіть якщо це стосувалося ведення буденних справ.

Вирішуючи справу Суд наголосив, що Конвенцію слід застосовувати та тлумачити у спосіб, який забезпечував би ефективність захисту та можливість практичної реалізації захищених нею прав. У даній справі компанія-заявник була позбавлена можливості своєчасно задовольнити свої вимоги, ефективно відновити порушене право, у зв'язку з чим Суд дійшов висновку, що перебування заявника у стані невизначеності зумовлює можливість компенсації завданої йому моральної (нематеріальної) шкоди. Виходячи із принципу справедливої сатисфакції, закріпленого у ст. 41 Конвенції, Суд призначив сплатити заявнику 1500000 португальських ескудо як компенсацію моральної шкоди.

Вирішуючи справу «Комінгерсоль С.А. проти Португалії», Суд також врахував практику держав-членів Ради Європи у аналогічних ситуаціях. Хоча важко визначити точне правило, яке є загальним для всіх держав-членів, однак судова практика свідчить, що не можна виключати можливість того, що особі, щодо якої триває судове провадження, може бути призначена компенсація моральної шкоди. У досліджуваній справі Суд зробив висновок, який ймовірно став однією із додаткових підстав великої кількості заяв суб'єктів господарювання, що є різними за організаційно-правовою формою, із вимогами справедливої сатисфакції. Зокрема, зважаючи на власну прецедентну практику, Суд вказав, що не може виключати можливості того, що комерційному товариству (суб'єкту господарювання) може бути призначена грошова компенсація за моральну шкоду.

При цьому слід враховувати, що про моральну шкоду, понесену компаніями (суб'єктами господарювання), можуть свідчити факти та обставини, які більшою чи меншою мірою є «об'єктивними» або «суб'єктивними». Серед таких слід враховувати репутацію компанії, невпевненість у плануванні прийняття рішень, зрив в управлінні компанією (для яких у практиці ЄСПЛ не існує однозначного методу розрахунку наслідків) і, нарешті, хоча і меншою мірою, тривожність і незручності, заподіяні членам управлінської команди.

Аналогічну позицію висловив ЄСПЛ і при вирішенні справи «ТОВ «Полімерконтейнер» проти України» (заява № 23620/05, остаточне рішення ухвалене 24 лютого 2017 р.)⁸. Так, підприємство-заявник вимагало 3000 євро відшкодування моральної шкоди. Заперечення Уряду зводилися до тверджень про те, що такі вимоги є надмірним та необґрунтованим. Суд же наголосив, що відповідно до своєї практики він може присудити виплату грошової компенсації комерційній компанії за нанесення останній моральної шкоди та визначив такі ж аспекти отриманої суб'єктом господарювання моральної шкоди, що й у вказаній вище справі «Комінгерсоль проти Португалії»: репутація компанії, невизначеність у плануванні, порушення в управлінні компанією (для якого характерним є відсутність точного методу розрахунку наслідків) і, нарешті, хоча і меншою мірою, занепокоєння та незручності, спричинені керівництву.

У рішенні від 23 січня 2014 р. у справі «East / West Alliance Limited проти України» (заява № 19336/04, остаточне рішення ухвалене 2 червня 2014 р.)⁹ ЄСПЛ серед іншого зазначає, що стосується матеріального відшкодування моральної шкоди, суд може присудити її комерційним підприємствам, вносячи рішення на засадах справедливості, оскільки її точний підрахунок є неможливим. З огляду на господарську діяльність з використання літаків, які здійснювало підприємство-заявник після їхнього придбання, Суд погодився з тим, що у цій справі літаки призначалися для використання їх у прибутковій діяльності, що дало змогу зробити висновок про втрату підприємством-заявником прибутків, які воно могло отримати від своїх літаків упродовж строку з моменту їхнього вилучення і до моменту постановлення Судом рішення. Водночас Суд констатував, що точно встановити суму втрачених прибутків неможливо з огляду на всі невизначені чинники, що мають відношення до цього питання. Суд також вказав, що порушення, які він констатував у цій справі, вочевидь створили перешкоди в роботі підприємства-заявника та спричинили тривалу невизначеність в його господарській діяльності. Вони також викликали відчуття безпорадності та розчарування у його керівників. У світлі вищезазначених міркувань та з огляду на усі наявні матеріали Суд прийняв рішення на засадах справедливості та

здійснив загальну оцінку в цій справі про виплату підприємству-заявнику 5 000000 (п'ять мільйонів) євро відшкодування матеріальної і моральної шкоди та будь-якого податку, що може нараховуватись.

Також, вирішуючи справу «Агрокомплекс проти України» (заява № 23465/03, остаточне рішення ухвалене 25 липня 2013 р.)¹⁰ Європейський суд з прав людини серед іншого зазначає про те, що порушення п. 1 ст. 6 Конвенції та ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, які були констатовані в цій справі, створили для підприємства-заявника ситуацію тривалої невизначеності у здійсненні ним підприємницької діяльності. Беручи до уваги спливи часу, велику кількість питань, які не підлягають точній оцінці, та неможливість точно визначити в кількісному виразі моральну й матеріальну шкоду, завдану підприємству-заявнику, суд здійснив загальну оцінку на засадах справедливості, взявши за відправну точку суму, вже присуджену ухвалою Вищого арбітражного суду України від 2 липня 1998 р. З огляду на вищевказане, Суд присудив підприємству-заявнику в сукупності суму в розмірі 27 000000 євро, що включає в себе всі види шкоди, плюс будь-який податок, що може нараховуватись на цю суму.

Тобто у справах «Агрокомплекс проти України» та «East / West Alliance Limited проти України» Суд не вважав за можливе визначити окремо розмір матеріальної та моральної шкоди, що підлягає відшкодуванню, та щоразу надавав сукупну оцінку втрат матеріального та нематеріального характеру підприємств-заявників, хоч і констатував наявність окремо кожного виду шкоди.

У справі «Інтерсплав проти України» (заява № 803/02, остаточне рішення ухвалене 9 січня 2007 р.)¹¹ заявник вимагав символічну суму в розмірі 1 євро на відшкодування нематеріальної шкоди, при цьому уряд залишив питання на розсуд Суду в разі, якщо останній встановить порушення Конвенції. У такому випадку Суд вважав, що в цій справі заявник не вимагав відшкодування матеріальної шкоди, тому відповідних сатисфакцій не присуджував.

Таким чином, стала практика свідчить про те, що ЄСПЛ у питаннях присудження матеріального відшкодування моральної шкоди суб'єктам господарювання дотримується думки, що таке відшкодування, з метою забезпечення ефективності захисту та можливості практичної реалізації захищених Конвенцією прав, є можливим та необхідним. При цьому визначення розміру такої шкоди має здійснюватися на засадах справедливості та враховувати фактичні обставини кожної справи, зокрема розміру й матеріальної шкоди, завданої суб'єкту господарювання.

Аналіз окремих рішень ЄСПЛ допомагає виділити наступні обставини, за наявності яких Суд вважав наявним/доведеним факт нематеріальних втрат суб'єктів господарювання, тобто факт моральної шкоди: погіршення та фактичне знищення репутації, в т.ч. через неможливість виконати взяті на себе господарські зобов'язання та взагалі продовжувати господарську діяльність; невизначеність при прийнятті рішень, проблеми в управлінні підприємством; створення об'єктивних перешкод у роботі компанії; тривога та незручності, завдані керівництву та власникам суб'єкта господарювання тощо.

Особливо примітною та важливою є однозначна практика Суду в застосуванні критерію справедливості, як основного, при визначенні розміру справедливої сатисфакції моральної (нематеріальної) шкоди суб'єктам господарювання. Хоч варто й зазначити, що така категорія, як справедливість, є оціночним поняттям та має властивість змінювати своє змістовне наповнення залежно від різних, як об'єктивних, так і суб'єктивних факторів.

У своїх рішеннях ЄСПЛ переважно детально обґрунтовує мотиви прийняття чи відхилення тих чи інших доводів, створює чи знаходить логічні зв'язки з іншими обставинами справи та нормами права, таким чином створюючи ілюзію справедливості, у тому числі й щодо розміру моральної (нематеріальної) шкоди суб'єктам господарювання.

Ще однією закономірністю, яку можна визначити при аналізі рішень ЄСПЛ щодо справедливої сатисфакції моральної (нематеріальної) шкоди суб'єктам господарювання, є те, що Судом розмір компенсації моральної шкоди часто не відокремлюється від матеріальної (упущеної вигоди). Наприклад, у рішенні у справі «East/West Alliance Limited до України» ЄСПЛ здійснив загальну оцінку шкоди компанії-заявнику та присудив до відшкодування матеріальну та моральну шкоду без розмежування їх розмірів. Аналогічна позиція ЄСПЛ і у справі «Агрокомплекс проти України», де Суд зазначив про неможливість точного визначення у кількісному вимірі моральної та матеріальної шкоди, завданої підприємству-заявнику та визначив загальний розмір відшкодування, який включає в себе всі види шкоди та будь-які податки, що можуть нараховуватись на цю суму.

Разом із тим вбачається, що встановлені українським законодавством обмеження змісту моральної (немайнової) шкоди юридичної особи, як суб'єкта господарювання, лише приниженням ділової репутації є не цілком коректними у контексті множинності правовідносин, що виникають як у середині структури суб'єкта господарювання та зазнають негативних змін внаслідок дії певних обставин (наприклад, правопорушень), так і в контексті різноманіття правовідносин, у які вступають суб'єкти господарювання між собою та у відносинах із державою чи органами влади.

На проблематику у визначенні змісту моральної шкоди (втрат немайнового характеру) суб'єкта господарювання та розміру її матеріальної компенсації неодноразово вказують і суди різних інстанцій у своїх рішеннях.

Яскравим прикладом недосконалості правового регулювання, що мала наслідком скасування рішень судів першої та апеляційної інстанцій, стала постанова Верховного Суду від 3 вересня 2019 р. у справі № 910/10399/18¹².

Так, у зазначеній справі позивач, крім іншого, порушував питання про стягнення 1 000 000 грн моральної шкоди, яка, на думку позивача, полягала у приниженні його ділової репутації. Суди усіх інстанцій констатували, що позивачем не надано суду розрахунку заявленої ним до стягнення суми моральної шкоди 1 000 000 грн. У цій справі судами першої та апеляційної інстанцій, з урахуванням обставин справи, застосовано досить цікавий алгоритм визначення понесених суб'єктом господарювання втрат нематеріального характеру. Зокрема, розумним, справедливим і співрозмірним розміром моральної шкоди визначено суму 38 715 грн, що становить 10 % від розміру моральної шкоди, стягнутої на користь фізичної особи, яка в певний період займала посаду директора позивача в іншій справі. Однак суд касаційної інстанції, скасовуючи рішення судів попередніх інстанцій, вказав на те, що останніми не з'ясовано, чим підтверджується заподіяння позивачеві моральних страждань або втрат немайнового характеру, за яких обставин та якими діями (бездіяльністю) вони заподіяні, з чого виходить позивач в оцінці моральної шкоди у грошовій сумі, як і не наведено та не досліджено відповідних доказів на підтвердження таких обставин. У визначенні суми моральної шкоди суди першої та апеляційної інстанцій без будь-яких встановлених законом підстав розраховували її як 10 % від суми, присудженої на відшкодування моральної шкоди директору товариства в іншій цивільній справі, хоча обставини в зазначеній справі, включаючи обґрунтування в ній суми відшкодування моральної шкоди, були суттєво іншими, ніж у даній господарській справі. Зокрема, у відповідній цивільній справі не йшлося про ділову репутацію юридичної особи, під якою (репутацією) розуміється оцінка підприємницької, професійної чи іншої діяльності, яку здійснює така особа як учасник суспільних відносин.

Таким рішенням Верховний Суд залишив відкритим питання про критерії оцінки заподіяної суб'єкту господарювання моральної шкоди у грошовій сумі, вказавши при цьому на обов'язок позивача надати суду відповідні критерії грошової оцінки моральної шкоди суб'єкта господарювання.

Якщо врахувати тенденцію, що суди першої та апеляційної інстанцій часто вказують висновки або позиції, висловлені Верховним Судом при розгляді інших справ, як обґрунтування власних мотивів, то фактично визначення судом касаційної інстанції у постанові від 3 вересня 2019 р. у згаданій вище справі № 910/10399/18 обов'язку саме позивача надати відповідні критерії грошової оцінки моральної шкоди суб'єкта господарювання може стати надмірним тягарем пошуку таких критеріїв суб'єктами господарювання у провадженнях щодо стягнення відшкодування втрат нематеріального характеру та розцінюватися як обмеження права на справедливий суд.

Варто зауважити, що аналіз судової статистики та узагальнення судової практики, як і забезпечення однакового застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та способів, визначені процесуальним законом є завданнями Верховного Суду в силу п. п. 2, 6 ч. 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій та статус судів», що мали б забезпечити єдність та прогнозованість судової практики, сприяти втіленню принципу правової визначеності, у тому числі й при вирішенні справ за позовами суб'єктів господарювання про відшкодування моральної шкоди. У засобах масової інформації та на офіційній Інтернет-сторінці касаційного суду трапляються повідомлення про дотримання Верховним Судом практики ЄСПЛ у справах про відшкодування моральної шкоди, завданої органом державної влади. Поряд із тим питання систематизації підходів ЄСПЛ, рішення якого є джерелом права, у сфері вирішення справ щодо відшкодування моральної шкоди суб'єктам господарювання залишаються поза увагою Верховного Суду.

Висновки. Використання прецедентної практики ЄСПЛ у пошуках визначення змісту інституту моральної шкоди суб'єктів господарювання, його можливих елементів, критеріїв визначення розміру справедливої сатисфакції у встановлених порушень сприятиме розвитку його використання у правозастосовній практиці та розширенню практики справедливої компенсації втрат нематеріального характеру суб'єктів господарювання як способу захисту їх порушених прав та законних інтересів в українських реаліях.

Поряд із важливим значенням прецедентної практики ЄСПЛ у вирішенні судових спорів щодо відшкодування моральної шкоди суб'єктів господарювання основним джерелом правового регулювання правовідносин, що виникають при відшкодуванні втрат нематеріального характеру, залишаються акти національного законодавства. Множинність правовідносин, що виникають усередині структури суб'єкта господарювання, які можуть зазнавати негативних змін внаслідок дії певних обставин (наприклад, правопорушень), та різноманіття правовідносин, у які вступають суб'єкти господарювання між собою та у відносинах із державою чи органами влади, свідчить про необхідність розробки вітчизняного законодавства в напрямі розширення змісту інституту моральної шкоди суб'єктів господарювання, як складової збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення. Виконаний аналіз прецедентної практики ЄСПЛ показав необхідність подальших наукових розвідок смислового наповнення безпосередньо змісту інституту моральної шкоди суб'єктів господарювання, пошук його об'єктивних та суб'єктивних елементів, серед яких можуть бути поряд із репутацією компанії, невпевненість у плануванні прийняття рішень, зрив в управлінні компанією, тривожність і незручності, заподіяні членам управлінської команди чи колективу. Також важливим напрямом подальших наукових досліджень є розробка допустимих універсальних критеріїв визначення розміру справедливої сатисфакції щодо вимог вказаної категорії.

¹ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/print>

² Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15/print>

³ Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print>

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004/print

⁵ Just satisfaction claims. URL: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjSgLmwja3mAhWGVosKHfS_DbUQFjAAegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FPD_satisfaction_claims_ENG.pdf&usq=AOvVaw2RPR18NAosVedrm5byBXo2

⁶ Rules of Court on 28 March 2007. URL: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwizhaWWj3mAhXSvosKHeOXCWEQFjAAegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FLibrary_2015_RoC_ENG.PDF&usq=AOvVaw1Pi8qRM9iuGdVJAXYX3BUL

⁷ CASE OF COMINGERSOLL S.A. v. PORTUGAL, JUDGMENT, 6 April 2000. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22CASE%20OF%20COMINGERSOLL%20S.A.%20v.%20PORTUGAL%22%22%7D%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D%22itemid%22%3A%222001-58562%22%7D%7B%7D%7D>

⁸ Рішення у справі «ТОВ «Полімерконтейнер» проти України» від 24.11.2016 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c04/print

⁹ Рішення у справі «East/West Alliance Limited» проти України» від 2.06.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_994

¹⁰ Рішення у справі «Агрокомплекс проти України» від 25.07.2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_994

¹¹ Рішення у справі «Інтерсплав проти України» від 9.01.2007 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_194

¹² Постанова Верховного Суду від 3.09.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84008692>

Резюме

Олійник Л.А. Окремі аспекти відшкодування моральної шкоди суб'єктам господарювання у практиці Європейського суду з прав людини.

У статті досліджуються окремі аспекти розгляду Європейським судом з прав людини вимог про компенсацію моральної шкоди, що заявляються суб'єктами господарювання, означення критеріїв, які використовуються при встановленні безпосередньо фактів наявності втрат нематеріального характеру суб'єктів господарювання та критеріїв визначення розміру справедливої сатисфакції до вимог вказаної категорії. За результатами дослідження автор робить висновок про те, що використання рішень ЄСПЛ у правозастосовній діяльності національних судів сприятиме розширенню практики справедливої компенсації втрат нематеріального характеру суб'єктів господарювання як способу захисту їх порушених прав та законних інтересів в українських реаліях. Також автор наголошує на необхідності розробки вітчизняного законодавства та подальших наукових розвідок у напрямі розширення змісту інституту моральної шкоди суб'єктів господарювання, як складової збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, та пошуку допустимих універсальних критеріїв визначення розміру справедливої сатисфакції щодо вимог вказаної категорії.

Ключові слова: моральна шкода суб'єктів господарювання, справедлива сатисфакція, практика Європейського суду з прав людини.

Резюме

Олійник Л.А. Отдельные аспекты возмещения морального вреда субъектам хозяйствования в практике европейского суда по правам человека.

В статье исследуются отдельные аспекты рассмотрения Европейским судом по правам человека требований о компенсации морального вреда, заявленные субъектами хозяйствования, определение критериев, используемых при установлении непосредственно фактов наличия потерь нематериального характера субъектов хозяйствования и критериев определения размера справедливой компенсации с требованиями указанной категории. По результатам исследования автор делает вывод о том, что использование решений ЕСПЧ в правоприменительной деятельности национальных судов будет способствовать расширению практики справедливой компенсации потерь нематериального характера субъектов хозяйствования как способа защиты их нарушенных прав и законных интересов в украинских реалиях. Также автор отмечает необходимость разработки отечественного законодательства и дальнейших научных исследований в направлении расширения содержания института морального вреда субъектов хозяйствования, как составляющей убытков, подлежащих возмещению лицом, которое допустило хозяйственное правонарушение, и поиска допустимых универсальных критериев определения размера справедливой компенсации в отношении требований указанной категории.

Ключевые слова: моральный вред субъектов хозяйствования, справедливая сатисфакция, практика Европейского суда по правам человека.

Summary

Liliia Oliinyk. Certain aspects of compensation for the non-pecuniary damage to business entities according to the European Court of Human Rights' judgments.

The present article is dedicated to the analysis of the decisions of the European Court of Human Rights in claims for compensation for non-pecuniary damage suffered by business entities; to the definition of criteria by which the facts of intangible losses by legal entities can be established; and to the criteria for determining the amount of just satisfaction in the claims of this category.

We have analyzed the relevant judgments of ECHR through the prism of proving the existence of non-pecuniary damage suffered by business entity. We have defined the aspects which the Court identifies as circumstances proving the existence of intangible losses. These aspects include the company's reputation, uncertainty in decision-planning, disruption in the management of the company, the anxiety and inconvenience caused to the members of the management team. The results of the research demonstrate that by following the ECHR judgements our national judiciary system will facilitate the development of the precedents in the sphere of compensation of intangible losses suffered by business entities as ways to defend their violated rights and legitimate interests in Ukraine.

The article suggests theoretical and practical perspectives and directions for future research. The necessity to improve the national legislation and to research further the sphere under consideration is crucial. It will allow to broaden the content of the institution of

moral damage suffered by business entities as a component of damages reimbursable by the breaching individual or entity and to establish the common criteria for determining the amount of just satisfaction for the said claims.

Key words: intangible losses by legal entities, non-pecuniary damage of business entities, the European Court of Human Rights' precedents, just satisfaction.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.42

УДК 346.5:346.9

Д.В. ЧАСОВНИКОВ

*Дмитро Валерійович Часовников, здобувач
Донецького національного університету імені
Василя Стуса**

ORCID: 0000-0003-4133-4499

ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКИХ САНКЦІЙ НА РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Постановка проблеми. Застосування адміністративно-господарських санкцій (далі – АГС) на ринку цінних паперів (далі – РЦП) багато в чому залежить від чіткості визначення підстав їх застосування. Це підтверджується тим, що на практиці суб'єкти господарювання у своїх запереченнях, скаргах проти притягнення їх до відповідальності в більшості випадків у першу чергу спростовують сам факт правопорушення, а вже потім заперечують проти виду або розміру санкцій. Актуальним таке питання є і з огляду на останні істотні зміни законодавства про цінні папери та з урахуванням того, що більшість наукових досліджень із запропонованої проблеми здійснювалися до прийняття нового законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У юридичній літературі питання підстав застосування санкцій вченими розглядалися як у межах загальної теорії (С.С. Алексєєв, С.Н. Братусь, М.В. Вітрук, Н.С. Малєїн, Д.М. Лук'янець), так і на галузевому рівні (О.М. Вінник, Л.М. Дорошенко, О.А. Заярний, О.В. Кологойда, В.І. Новошицька, О.П. Подцерковний, З.Ф. Татькова, В.С. Щербина). Навіть при достатній кількості наукових праць слід зазначити наявність різних наукових точок зору при визначенні підстав застосування санкцій, що не забезпечує єдиного підходу в застосуванні тієї чи іншої санкції. Дотепер залишаються дискусійними співвідношення підстав та умов застосування санкції, поняття господарського правопорушення, а в умовах оновлення законодавства щодо РЦП ці питання взагалі не отримали належного висвітлення, тому в рамках заявленої теми дослідження потребують подальшого теоретичного доопрацювання.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає у визначенні понять «підстави застосування АГС на РЦП» та «правопорушення на РЦП» з уточненням видів таких правопорушень.

Виклад основного матеріалу. Загальновідомим є те, що після встановлення факту протиправної поведінки та відповідної правової норми, яку слід застосувати до такої життєвої обставини, до суб'єктів правовідносин застосовуються заходи юридичної відповідальності, метою яких є виникнення відповідних юридичних наслідків. Такі заходи юридичної відповідальності застосовуються до суб'єктів правовідносин за наявності підстав, що в теорії права називають певною сукупністю обставин, за існування яких її застосування є можливим¹.

Відповідно до положень ст. 218 Господарського кодексу України (далі – ГКУ) «Підстави господарсько-правової відповідальності» підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин є вчинене ним правопорушення у сфері господарювання². Отже, норма чітко визначає єдину підставу виникнення охоронних правовідносин – вчинене учасником господарських відносин правопорушення у сфері господарювання. Проте таке формулювання є настільки дискусійним, що дотепер дослідники не прийшли до єдиного знаменника.

Треба сказати, що питання підстав застосування АГС на РЦП у сфері господарювання ґрунтуються на загальних положеннях щодо господарсько-правової відповідальності. Тому для розгляду зазначеного питання візьмемо за основу найбільш усталені підходи, з яких можна виділити два напрями.

Прихильники першої позиції (О.М. Вінник³, В.С. Щербина⁴, О.П. Подцерковний⁵) виділяють три підстави відповідальності. Перше – це нормативні підстави, тобто сукупність норм права щодо відповідальності учасників господарських відносин. Другою правовою підставою є господарська правосуб'єктність правопорушника (боржника) і потерпілого (кредитора). Третя підстава іменується юридико-фактичною. Згідно з останньою підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин є вчинення ним правопорушення у сфері господарювання. Водночас, на думку В.С. Щербини, ця підстава складається з чотирьох елементів, які в теорії господарського права ще називаються умовами господарсько-правової від-

© Д.В. Часовников, 2020

* *Dmytro Chasovnykov, Postgraduate student of Vasyl' Stus Donetsk National University*

повідальності, а саме: факт господарського порушення; збитки, завдані порушенням господарського зобов'язання; причинний зв'язок між протиправною поведінкою порушника та завданими потерпілому збитками; вина правопорушника – учасника господарських відносин⁶. Отже, склад правопорушення (протиправна дія чи бездіяльність) ототожнюється з умовами відповідальності, тобто за яких умов така відповідальність настає (збитки чи інші негативні наслідки, причинний зв'язок між протиправною дією чи бездіяльністю, господарська правосуб'єктність правопорушника і потерпілого, вина правопорушника).

Відповідно до аргументів представників другого підходу (О.А. Заярний⁷, М.В. Вітрук⁸, З.Ф. Таткова⁹) єдиною підставою господарської правової відповідальності є правопорушення, яке, на погляд одного з представників цієї когорти вчених, водночас є нормативно-правовою і фактичною підставою юридичної відповідальності¹⁰. Крім того, науковцями зазначається, що підстава й умова – це окремі поняття. Умови відповідальності – це встановлені у законі передумови настання відповідальності, а підстави є джерелом, причиною, що приводить до визначеного наслідку¹¹. У цілому погоджуючись із зазначеними позиціями, спробуємо аргументувати власне бачення підстав застосування АГС на РЦП з урахуванням вищевикладеного матеріалу.

Аналізуючи висловлену В.С. Щербиною позицію, треба сказати, що викликає заперечення друга підстава, а саме господарська правосуб'єктність правопорушника. Варто погодитися із З.Г. Криловою, яка конкретизує: якщо умови відповідальності дозволяють уяснити питання, чи настане відповідальність при наявності вказаних у законі обставин, то підстави відповідальності дозволяють відповісти на питання про те, за що, за які саме правопорушення встановлена законом відповідальність¹². Тому, вважаємо, правосуб'єктність не може розглядатися окремою підставою застосування санкції, а є фактично її умовою. Аргументом на користь цієї позиції можуть слугувати такі положення Рішення НКЦПФР № 1470: при наявності факту вчинення правопорушення ... але у разі внесення до ЄДРПОУ запису про державну реєстрацію припинення юридичної особи, запису про судові рішення щодо припинення юридичної особи, визнання її банкрутом – справу на РЦП не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю¹³. Як бачимо, в таких випадках правосуб'єктність є умовою, за якою при наявності факту вчинення правопорушення механізм застосування АГС на РЦП може бути реалізований.

Можна також стверджувати, що наявність чи відсутність тих чи інших умов впливає як на сам факт можливості застосування АГС до суб'єктів господарювання, так і на вид санкції чи її розмір, що можна проілюструвати положеннями законодавства на РЦП:

– умова, що впливає на сам факт можливості застосування АГС, – дотримання строків реалізації відповідальності. Санкцію може бути застосовано до учасника РЦП не пізніше трьох років з дня вчинення правопорушення незалежно від санкції (ст. 12 Закону № 448/96-ВР)¹⁴;

– умова, що впливає на види АГС, – спеціальна правосуб'єктність. Якщо суб'єктом господарювання, що має ліцензію, порушені умови провадження професійної діяльності на РЦП, це є підставою для застосування санкції у вигляді зупинення/або анулювання ліцензії (розділ IV Порядку № 816)¹⁵, при порушенні умов провадження професійної діяльності за відсутності у суб'єкта господарювання ліцензії – це є підставою для застосування АГС штрафу (ст. 11 Закону № 448/96-ВР);

– умова, що впливає на розмір АГС, – повторність правопорушення. За неподання, подання не в повному обсязі інформації та/або подання недостовірної інформації до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) передбачено застосування штрафу у розмірі до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. За ті самі дії, вчинені повторно протягом року, – у розмірі від тисячі до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ст. 11 Закону № 448/96-ВР).

Як бачимо, умови, в яких діє конкретна причина, можуть бути різними. У результаті одне і те саме правопорушення на РЦП у різних умовах має різні наслідки: можливість реального застосування санкцій (у тому числі певного виду або розміру) або навпаки.

Тому можна стверджувати, що на РЦП умови – це обставини, від яких залежить можливість реалізації АГС, а також вибір її виду чи розміру.

Щодо правових (юридичних) та фактичних підстав відповідальності суб'єктів господарювання, то слушно видається точка зору О.М. Вінник, яка зазначає, що: юридичні підстави – той правовий документ, що характеризує певну поведінку суб'єкта господарювання як протиправну і передбачає за неї форму і розмір відповідальності. Фактичні підстави – це ті життєві ситуації, що характеризуються законом або договором як неправомірні¹⁶.

Виділення правових та фактичних підстав, безумовно, має значення для розуміння застосування відповідальності до суб'єктів господарювання. Разом із тим, на переконання З.Ф. Таткової, власне визначення господарського правопорушення містить у собі поєднання як юридичної, так і фактичної підстави, бо ним є діяння, протиправність якого має бути передбачена господарським законодавством чи іншими правовими документами¹⁷.

Схожого висновку про єдність нормативно-правових та фактичних підстав доходить Л.М. Дорошенко, розглядаючи підстави ліквідації господарського товариства, яка є однією з видів адміністративно-господарських санкцій, зазначаючи, що на стадії застосування санкції правової норми, тобто прийняття рішення судом, чітко виділяються два етапи: перший етап пов'язаний з установленням правової (нормативно-правових підстав – на підставі чого) й фактичної (за що) підстави відповідальності; другий – із призначенням міри відповідальності¹⁸.

Підтримуючи наведені аргументи, треба констатувати, що в положеннях нормативного акта, який визначає порядок та строки розгляду НКЦПФР справ про порушення громадянами, посадовими особами та юридичними особами вимог законодавства на РЦП також простежується, що на стадії застосування санкції уповноважена особа повинна з'ясувати: фактичні обставини справи, встановлені при її розгляді; нормативно-правовий акт, норми якого порушено; докази, що підтверджують факт правопорушення і вину юридичної особи та відповідні норми нормативно-правового акта, який передбачає відповідальність за дане правопорушення¹⁹. З цього випливає, що єдиною підставою (причиною) для застосування АГС на РЦП є правопорушення, хоча при застосуванні такої міри відповідальності має бути доведено як наявність юридичної підстави і фактичної підстави, так і врахування інших умов.

З урахуванням висловлених у науковій літературі думок та проведеного аналізу правові підстави застосування АГС на РЦП можна визначити як обставини, зазначені у нормативно-правових актах, наявність яких робить застосування санкції можливим (наявність факту правопорушення), а механізм їх застосування таким, що підлягає реалізації (наявність або відсутність певних умов).

Ще одним ключовим питанням, що потребує з'ясування, є власне поняття правопорушення на РЦП. По-перше, чинне законодавство хоча й оперує термінами «правопорушення на РЦП»¹¹, «господарське правопорушення»², проте не надає дефініції цим поняттям, що негативно впливає на стан законодавства та правозастосовну практику. По-друге, проблеми розуміння сутності й ознак правопорушення, незважаючи на їх дослідження у загальній теорії та галузевих юридичних науках, залишаються дискусійними. Так, Д.М. Лук'янець розглядає «правопорушення» як «урегульовані нормами права суспільні відносини, учасники яких мають суб'єктивні права та юридичні обов'язки, але на відміну від правовідносин ці права й обов'язки не реалізуються, а порушуються»²⁰. На переконання В.С. Щербини, господарські правопорушення можна визначити як порушення законності та державної дисципліни підприємствами, установами, організаціями, громадянами-підприємцями, державними та іншими органами в процесі господарської діяльності та управління нею²¹. В.В. Сухонос визначає такі особливості правопорушення на РЦП: 1) є актом поведінки суб'єкта правовідносин, що має прояв у здійсненні активних дій (наприклад, публічне розміщення цінних паперів без реєстрації випуску в НКЦПФР) чи бездіяльності (наприклад, неотримання ліцензії на право здійснення професійної діяльності на РЦП); 2) є вольовим актом, тобто залежить від волі та свідомості учасників і здійснюється добровільно; 3) суспільна шкідливість; 4) протиправність діяння²².

О.В. Кологойда правопорушення на РЦП поділяє на договірні (форми та розмір договірної відповідальності визначаються як законом, так і умовами договору) і недоговірні (форми та розмір недоговірної відповідальності встановлюються тільки законом) та характеризує господарське недоговірне правопорушення як невиконання/неналежне виконання учасником фондового ринку норм законодавства, встановлених правил здійснення діяльності на фондовому ринку, внутрішніх документів учасників фондового ринку, порушення прав і законних інтересів інвесторів та інших учасників фондового ринку, як поєднані, так і не поєднані з позбавленням прав власності на цінні папери, що призвело до заподіяння або ризику заподіяння шкоди майну, правам і законним інтересам іншого учасника фондового ринку або публічним інтересам держави²³. Проте зазначимо, що окремі з цих ознак слід сприймати критично. Так, «...невиконання/неналежне виконання норм законодавства, правил» повинно охоплюватися одним терміном – «невиконання», оскільки правила або виконуються (в повному обсязі) або не виконуються. Прикладом у схожій ситуації може слугувати позиція колегії суддів Донецького апеляційного адміністративного суду у справі № 2а/1270/10271/2012²⁴. Заперечення стосуються і такої ознаки, як «учасники РЦП», вичерпний перелік та визначення яких надано у положеннях ст. 2 Закону про ЦП²⁵. З аналізу положень вищезазначеного наукового підходу вбачається теза про спеціальну господарську правосуб'єктність усіх цих осіб, що не зовсім узгоджується з окремими положеннями ст. 11 Закону № 448/96-ВР, наприклад, коли суб'єкт господарювання вчиняє правопорушення, не маючи спеціальної господарської правосуб'єктності (розміщення цінних паперів без реєстрації їх випуску в установленому законом порядку або провадження професійної діяльності на фондовому ринку без ліцензії). Тому при визначенні правопорушення на РЦП більш виваженим є використання терміна «суб'єкти господарювання».

Вищенаведені визначення вказують на найбільш суттєві ознаки правопорушення, проте на сьогодні, в тому числі і з урахуванням особливостей законодавства про цінні папери, потребують доопрацювання. Для цього слід звернутися до визначення родового поняття «правопорушення». У загальній теорії права виділяються такі властивості правопорушення, що утворюють у сукупності його поняття: а) це діяння (дія або бездіяльність); б) діяння суспільно шкідливе; в) діяння, що суперечить нормам права; г) винне діяння; д) діяння, за вчинення якого передбачено юридичну відповідальність. Кожна з названих властивостей може бути конкретизована щодо правопорушення на РЦП.

Так, поняття діяння можна розуміти з урахуванням ст. 238 ГК України, а саме, це дії (бездіяльність) суб'єкта господарювання, що порушує встановлений законодавством порядок здійснення господарської діяльності.

Суспільна шкідливість правопорушення полягає у посяганні на суспільний господарський порядок, у тому числі на права і законні інтереси учасників РЦП або публічний інтерес держави. При цьому суспільний господарський порядок – це заснована на законодавстві та реальних інтересах суспільства система правових і економічних засобів, спрямованих на забезпечення стабільності і ефективності господарювання, задоволення та захист інтересів господарюючих суб'єктів²⁶.

Така властивість як суперечливість нормам права щодо правопорушення на РЦП, потребує конкретизації з урахуванням того, що норми, яким відповідне діяння суперечить, передбачені лише нормативно-правовими актами і не можуть бути визначені положеннями господарських договорів, локальними актами органів місцевого самоврядування, актами суб'єктів господарювання тощо.

Наступна властивість – винне діяння. Згідно зі ст. 238 ГК України адміністративно-господарські санкції є публічно-правовими, застосовуються за порушення правил здійснення господарської діяльності і не можуть застосовуватися за відсутності вини особи. Разом з тим слід визнати, що на практиці при застосуванні вказаних санкцій в більшості випадків наявність вини фактично презюмується (презумпція вини порушника). Тому можна погодитися з науковцями, на думку яких, вирішення питання про застосування санкцій переміщується з нормативно закріпленої конструкції вини на доведення чи спростування складових її змісту²⁷.

З урахуванням загальних властивостей правопорушення та особливостей їх прояву на РЦП можна конкретизувати визначення останнього таким чином: правопорушення на РЦП – це суспільно шкідливе діяння (дія або бездіяльність) суб'єкта господарювання, яке суперечить нормам права, що визначають правила здійснення діяльності на РЦП, при порушенні яких передбачено застосування АГС.

Окремим питанням, що має значення як для теорії, так і для подальшої систематизації законодавства про застосування АГС на РЦП, є поділ правопорушень на види. Конкретизацію та угруповання видів доцільно здійснити передусім тому, що кожний вид має певні особливості. Важливо це й тому, що відповідальність за правопорушення має бути встановлена виключно законом (ч. 2 ст. 238 ГК України), а певна частина норм, встановлюючи ті чи інші санкції на РЦП, фактично використовує лише загальні вказівки на порушення правил здійснення діяльності на РЦП (зокрема, звільнення з посад керівників фондових бірж та інших установ інфраструктури фондового ринку у випадках недодержання ними чинного законодавства України). Тому на рівні закону необхідно визначити повний перелік таких порушень та здійснити їх класифікацію.

Безсумнівним є те, що всі правопорушення, за які передбачено застосування АГС на РЦП залежно від юридичної підстави належать до недоговірних, натомість залежно від об'єкта їх умовно можна поділити на такі групи:

1) правопорушення, пов'язані з емісією та обігом цінних паперів. До таких належать: розміщення цінних паперів без реєстрації їх випуску в установленому законом порядку, невиконання умов проспекту цінних паперів, недобросовісна емісія тощо;

2) правопорушення, пов'язані з професійною діяльністю на РЦП. Серед яких можна виділити: провадження професійної діяльності на фондовому ринку без ліцензії, порушення ліцензійних вимог, недотримання пруденційних нормативів та інших показників (нормативів), невідповідність договорів (комісії, доручення, брокерського обслуговування, управління цінними паперами, управління активами тощо) вимогам, умисні дії, що мають ознаки маніпулювання на РЦП тощо;

3) правопорушення, пов'язані з розкриттям інформації на фондовому ринку, до яких можна віднести: ненадання або несвоєчасне надання інвестору в цінні папери на його письмовий запит інформації про діяльність емітента в межах, передбачених законом, або надання йому недостовірної інформації, нерозміщення, розміщення не в повному обсязі інформації та/або розміщення недостовірної інформації у загальнодоступній інформаційній базі даних НКЦПФР, умисне незаконне розголошення, передачу або надання доступу до інсайдерської інформації, розповсюдження реклами без її попереднього подання НКЦПФР або після зупинення в установленому порядку такого розповсюдження, неприпинення розповсюдження реклами цінних паперів у разі визнання емісії недобросовісною або недійсною, або визнання випуску цінних паперів таким, що не відбувся тощо;

4) правопорушення, пов'язані з виконанням функцій НКЦПФР, а саме: невиконання або несвоєчасне виконання рішень, розпоряджень, постанов уповноважених осіб НКЦПФР щодо усунення порушень, відмова (ухилення) учасника РЦП від проведення перевірки НКЦПФР тощо;

5) правопорушення, пов'язані з дотриманням законодавством про акціонерні товариства. Наприклад, порушення емітентом порядку скликання або проведення загальних зборів, порядку обрання членів органів управління товариства, порядку або строку виплати дивідендів, викупу цінних паперів.

Висновки. Підбиваючи підсумки проведеного дослідження, можна констатувати:

1) правові підстави застосування АГС на РЦП – це обставини, зазначені у нормативно-правових актах, наявність яких робить застосування санкцій можливим (наявність факту правопорушення), а механізм їх застосування таким, що підлягає реалізації (наявність або відсутність певних умов);

2) правопорушення на РЦП – це суспільно шкідливе діяння (дія або бездіяльність) суб'єкта господарювання, яке суперечить нормам права, що визначають правила здійснення діяльності на РЦП, при порушенні яких передбачено застосування АГС;

3) правопорушення, за які передбачено застосування АГС на РЦП, залежно від юридичної підстави є позадоговірними, а залежно від об'єкта можна виокремити: правопорушення, пов'язані з емісією та обігом цінних паперів, з професійною діяльністю на РЦП, з розкриттям інформації на фондовому ринку, з виконанням функцій НКЦПФР, з дотриманням законодавства про акціонерні товариства.

¹ Мамедова С. Підстави застосування штрафних санкцій в господарському праві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2019, № 11. С. 99.

- ² Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003, № 18. Ст. 144.
- ³ Вінник О.М. Господарське право : курс лекцій. Київ : Атіка, 2004. С. 317.
- ⁴ Щербина В.С. Господарське право : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2013. С. 320.
- ⁵ Подцерковний О.П. Хозяйственное право Украины. Харків : ООО «Одиссей», 2005. С. 240–241.
- ⁶ Щербина В.С. Господарське право : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2013. С. 320.
- ⁷ Залярний О.А. Відповідальність в організаційно-господарських відносинах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Київський національний ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2011. 18 с.
- ⁸ Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности: учебник. 2-е изд., испр. и доп. Москва: Норма, 2009. С. 306.
- ⁹ Татькова З.Ф. Підстави, види та форми господарсько-правової відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. Донецьк, 2010. С. 78.
- ¹⁰ Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности: учебник. 2-е изд., испр. и доп. Москва: Норма, 2009. С. 306.
- ¹¹ Татькова З.Ф. Підстави, види та форми господарсько-правової відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. Донецьк, 2010. С. 78.
- ¹² Крылова З.Г. Ответственность по договору поставки. Москва: Юрид. лит-ра, 1987. С. 12.
- ¹³ Правила розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій: рішення НКЦПФР від 16.10.2012 р. № 1470. *Офіційний вісник України*. 2012. № 87. Ст. 207.
- ¹⁴ Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні: Закон України від 30.10.1996 р. № 448/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 51. Ст. 292.
- ¹⁵ Порядок зупинення дії та анулювання ліцензії на окремі види професійної діяльності на фондовому ринку (ринку цінних паперів): рішення НКЦПФР від 14.05.2013 р. № 816. *Офіційний вісник України*. 2013. № 49. Ст. 94.
- ¹⁶ Вінник О.М. Господарське право: навч. посіб. 2-ге вид., змін. та доп. Київ: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. С. 388.
- ¹⁷ Татькова З.Ф. Підстави, види та форми господарсько-правової відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. Донецьк, 2010. С. 103.
- ¹⁸ Дорошенко Л.Н. Правовые основания принудительной ликвидации хозяйственных обществ : монография. Донецьк : Світ книги, 2013. С. 228.
- ¹⁹ Правила розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій: рішення НКЦПФР від 16.10.2012 р. № 1470. *Офіційний вісник України*. 2012. № 87. Ст. 207.
- ²⁰ Лук'янець Д.М. Адміністративно-деліктні відносини в Україні: теорія та практика правового регулювання : монографія. Суми : Університетська книга, 2006. 367 с.
- ²¹ Щербина В.С. Попередження господарських правопорушень. Київ: Либідь, 1993. С. 10.
- ²² Сухонос В.В., Завальна Ж.В., Старинський М.В. Правове регулювання цінних паперів в Україні : навч. посіб. Суми : Унів. кн., 2004. С. 243–244, 257.
- ²³ Кологойда О.В. Теоретичні проблеми правового регулювання господарських відносин на фондовому ринку України: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2016. С. 393.
- ²⁴ Постанова Донецького апеляційного адміністративного суду від 15.03.2013 р. Справа № 2а/1270/10271/2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29959615> (дата звернення: 10.09.2020).
- ²⁵ Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України № 3480-IV від 23.02.2006 р. *Офіційний вісник України*. 2006, № 13. Ст. 857.
- ²⁶ Знаменский Г.Л. Хозяйственное законодательство Украины. Київ. : Наук. думка, 1996.
- ²⁷ Татькова З.Ф. Підстави, види та форми господарсько-правової відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. Донецьк, 2010. С. 103.

Резюме

Часовников Д.В. Підстави застосування адміністративно-господарських санкцій на ринку цінних паперів.

У статті представлено результат аналізу положень законодавства та правової доктрини щодо розуміння підстав застосування санкцій та поняття правопорушення. За результатами проведеного дослідження визначено, що правові підстави застосування адміністративно-господарських санкцій (АГС) на ринку цінних паперів (РЦП) – це обставини, зазначені в нормативно-правових актах, наявність яких робить застосування санкцій можливим (наявність факту правопорушення), а механізм їх застосування таким, що підлягає реалізації (наявність або відсутність певних умов). Сформульовано поняття правопорушення на РЦП як суспільно шкідливе діяння (дія або бездіяльність) суб'єкта господарювання, яке суперечить нормам права, що визначають правила здійснення діяльності на РЦП, при порушенні яких передбачено застосування АГС. Запропоновано поділ правопорушень, за які передбачено застосування АГС на РЦП, залежно від об'єкта.

Ключові слова: правопорушення, умови застосування санкцій, правова підстава, фактична підстава, суб'єкт господарювання.

Резюме

Часовников Д.В. Основания применения административно-хозяйственных санкций на рынке ценных бумаг.

В статье представлен результат анализа положений законодательства и правовой доктрины относительно понимания оснований применения санкций и понятия правонарушения. По результатам проведенного исследования установлено, что правовые основания применения административно-хозяйственных санкций (АХС) на рынке ценных бумаг (РЦБ) – это обстоятельства, указанные в нормативно-правовых актах, наличие которых делает применение санкций возможным (наличие факта правонарушения), а механизм их применения подлежащим реализации (наличие или отсутствие определенных условий). Сформулировано понятие правонарушения на РЦБ как общественно вредное деяние (действие или бездействие) субъекта хозяйствования, которое противоречит нормам права, определяющим правила осуществления деятельности на РЦБ, при нарушении которых предусмотрено применение АХС. Предложено деление правонарушений, за которые предусмотрено применение АХС на РЦБ, в зависимости от объекта.

Ключевые слова: правонарушения, условия применения санкций, правовое основание, фактическое основание, субъект хозяйствования.

Summary

Dmytro Chasovnykov. Grounds for imposing administrative economic sanctions in the securities market.

The article presents the results of the analysis of the legislative provisions and legal doctrine on the understanding of the grounds for imposing sanctions and the concept of offense. According to the results of the study, it is determined that the legal grounds for imposing administrative economic sanctions (AES) in the securities market (SM) are the circumstances specified in regulations, the existence of which makes imposing sanctions possible (the very fact of the offense) and makes the mechanism of their imposing subject to the implementation (the presence or absence of certain conditions). It is substantiated that the conditions for the SM are the circumstances on which the ability of the AES implementation, as well as the choice of the type or size of the AES depends. It is argued that “non-compliance / improper compliance with the law, rules” should be covered by the single term “non-compliance”, as one either fully complies with the rules or does not comply with the rules. It is specified that when defining an offense in the SM, it is correct to use the term “business entity”. The most significant characteristics of an offense at the SM are described. Thus, the concept of action can be understood as an act (or omission) of a business entity violating the procedure established by law for carrying out economic activities. The harm of the offense to the public is expressed in the encroachment on public economic order, including the rights and legitimate interests of the participants in the SM or the public interest of the state. Such a characteristic as the contravention of the legal rules in regard of the offense in the SM is made more specific taking into account that the rules to which the act contravenes can be provided only by regulations and cannot be determined by the provisions of economic agreements, local acts of local government bodies, documents of business entities etc. In the use of the AES, the guilt is in fact presumed (presumption of the offender’s guilt).

As a result, the concept of an offense in the SM is formulated as an act (action or omission), harmful to the public, of the business entity contravening the legal rules which determine the rules of the SM, in violation of which the AES imposing is provided.

It is suggested to classify offences on the SM for the commission of which the AES are imposed, depending on the object of the offense as related to the issue and circulation of securities, to the professional activities in the SM, to the disclosure of information in the stock market, to the performance of functions of the National Securities and Stock Market Commission, to the compliance with the legislation on joint stock companies.

Key words: offense, conditions for imposing sanctions, legal basis, factual basis, business entity.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.43

УДК 347.77

Ю.Л. БОШИЦЬКИЙ

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор, ректор Київського університету права НАН України**
ORCID: 0000-0002-1569-8857

ДЕЯКІ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Посилення правової охорони інтелектуальної власності є надзвичайно важливим та актуальним із тих позицій, що інтелектуальна діяльність, як показує досвід країн з розвинутою економікою, вже визначає стратегію і тактику соціально-економічного розвитку цивілізованих країн світу. У цих країнах пріоритетне місце посідає не виробництво, а саме наука, культура і техніка. В Україні є чимало проблемних питань правового регулювання цієї сфери. Можна виокремити основні вектори. Зокрема, це неготовність суспільства поважати право інтелектуальної власності, зневага до охорони результатів інтелектуальної праці, а також відсутність дієвих механізмів охорони й 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 одна із причин неналежного рівня фахової підготовки суддів, працівників органів МВС, СБУ, митної і податкової служб та інших спеціалістів, діяльність яких пов'язана з відносинами інтелектуальної власності тощо.

Щодо проблем вдосконалення законодавства у сфері інтелектуальної діяльності, то слід наголосити на аспекти підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості й демократизації правотворчості і правозастосування. В умовах ринкових відносин правове регулювання у сфері інтелектуальної і творчої діяльності людини зумовлює зміну кордонів правового впливу. Повнота правового регулювання передбачає створення таких правових гарантій, які можуть забезпечити розвиток і реалізацію різних форм власності як у сфері науково-технічної творчості, так і творчості в цілому. Тому сучасне законодавство у цій галузі повинно бути повним, системним і обґрунтованим. Це означає урегульованість у законодавстві усіх видів і форм відносин, які виникають в процесі винахідницького пошуку. Однак повноту законодавства не треба зводити до зростання числа нормативних актів. Уніфікація законодавства необхідна на базі інтеграції, підвищення рівня системності й обґрунтованості правового регулювання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. 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, О.Х. Юлдашева та ін.

Формулювання мети статті. Мета даної статті – проаналізувати соціальні передумови того, що організаційно-правові аспекти удосконалення правової охорони інтелектуальної власності в сучасній Україні є важливим чинником покращення економіки країни, сприяння науково-технічному прогресу, створенню нових потрібних для України нових винаходів та високоєфективних об'єктів інтелектуальної власності, а також підвищення рівня їх правового захисту.

Виклад основного матеріалу. Створення в Україні відповідної правової охорони інтелектуальної власності, в умовах глобалізації наукових досягнень, новітніх технологій, Інтернет тощо не може вже розцінюватися сьогодні тільки як внутрішня справа України. Тому розвиток національного законодавства у сфері інтелектуальної власності відображає ті перетворення, що відбуваються в суспільстві. Це відповідна логічна

© Ю.Л. Бошицький, 2020

* *Yuriy Boshytskyi, Ph.D. in Law, Professor, Rector of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

й зрозуміла реакція на зміни в економічному житті держави, намагання створити умови для реалізації передбачених Конституцією України прав громадян на творчу діяльність. Водночас це й намагання створити надійний механізм захисту прав на результати інтелектуальної діяльності. Для цього національне законодавство імплементує норми та правила, прийняті у світовому співтоваристві. Необхідність такої гармонізації є об'єктивними вимогами часу, не враховувати які неможливо.

Посилення правової охорони інтелектуальної власності є надзвичайно важливим та актуальним з тих позицій, що інтелектуальна діяльність, як показує досвід країн з розвинутою економікою, вже визначає стратегію і тактику соціально-економічного розвитку цивілізованих країн світу. В цих країнах пріоритетне місце мають посідати не виробництво, а саме наука, культура і техніка. 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 й 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 недостатній рівень загальної культури громадян України, так і низький рівень освіти у сфері інтелектуальної власності. Це – одна із причин неналежної фахової підготовки суддів, працівників органів МВС, СБУ, митної і податкової служб та інших спеціалістів, діяльність яких пов'язана з відносинами інтелектуальної власності тощо.

Стосовно проблем вдосконалення законодавства у сфері інтелектуальної діяльності, то слід наголосити на важливості підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості й демократизації правотворчості та правозастосування. В умовах ринкових відносин правове регулювання в сфері інтелектуальної і творчої діяльності людини зумовлює зміну кордонів правового впливу. Повнота правового регулювання передбачає створення таких правових гарантій, які можуть забезпечити розвиток і реалізацію різних форм власності як у сфері науково-технічної творчості, так і творчості в цілому. Тому сучасне законодавство у цій галузі повинно бути повним, системним і обґрунтованим. Це означає урегульованість у законодавстві усіх видів і форм відносин, які виникають у процесі винахідницького пошуку. Однак повноту законодавства не треба зводити до зростання кількості нормативних актів. Уніфікація законодавства необхідна на базі інтеграції, підвищення рівня системності й обґрунтованості правового регулювання.

Створення в Україні відповідної правової охорони інтелектуальної власності, в умовах глобалізації наукових досягнень, новітніх технологій, Інтернет тощо не може вже розцінюватися сьогодні тільки як внутрішня справа нашої країни. Тому розвиток національного законодавства у сфері інтелектуальної власності відображає ті перетворення, що відбуваються в суспільстві. Це відповідна логічна й зрозуміла реакція на зміни в економічному житті держави, намагання створити умови для реалізації передбачених Конституцією України прав громадян на творчу діяльність. Водночас це й прагнення створити надійний механізм захисту прав на результати інтелектуальної діяльності. Для цього національне законодавство імплементує норми та правила, прийняті у світовому співтоваристві. Необхідність такої гармонізації є об'єктивними вимогами часу, не враховувати які неможливо.

Зрозуміло, що законодавство у будь-якій сфері суспільних відносин не може бути ідеальним. Цьому завжди перешкоджали і будуть перешкоджати обставини, пов'язані з умовами розвитку суспільства. Людство рухається до нових досягнень, вбираючи все те, що придатне для досягнення поставлених цілей та відкидаючи все те, що гальмує цей об'єктивний процес. Тому торкаючись прогалин, недоліків, суперечливих положень у чинному національному законодавстві, фактів невідповідності міжнародним стандартам у галузі інтелектуальної власності, зазначимо, що ці питання потрібно вирішувати комплексно, продумано, враховуючи доцільність. І негайно.

Посилення правової охорони інтелектуальної власності на сучасному етапі розвитку України необхідне ще й тому, що інтелектуальна діяльність, як показує досвід країн з розвинутою економікою, здебільшого буде визначати стратегію і тактику соціально-економічного розвитку нашої держави. Визначальне, пріоритетне місце посідатимуть не виробництво, а саме наука, культура і техніка. Поняття «*культура*» слід розуміти в його широкому значенні – це освіта, культура поведінки, науково-технічний рівень виробництва, література, мистецтво та багато інших складових, що визначають рівень цивілізації того чи іншого суспільства.

Рівень культури демонструє світогляд, світовідчуття, моральні засади та інші людські цінності як суспільства в цілому, так і кожного окремого індивіда. Тобто саме культура в широкому значенні цього поняття зумовлює, формує духовний світ суспільства і кожної окремої людини.

Слід враховувати й той фактор, що законодавство у сфері інтелектуальної власності не є усталеним (стабільним) однорідним нормативно-правовим масивом, а навпаки, постійно перебуває в процесі змін, пов'язаних, у тому числі, з процесами гармонізації норм національного законодавства з нормами міжнародного права.

Розвиток національної системи охорони інтелектуальної власності в контексті інтеграції України в європейську спільноту вбачається складовою міжнародної системи її охорони. У Національній стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 р.¹ визначено загальні положення пріоритетів та перспектив розвитку Національної системи інтелектуальної власності, зокрема, мету, стратегічні напрями та основні завдання, на використання яких має бути спрямована діяльність щодо реалізації держав-

ної політики в сфері інтелектуальної власності. Однак сьогодні є чимало не розв'язаних завдань у її попередниці – Концепції розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 рр.², яка була схвалена рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (Протокол від 11 березня 2009 р. № 11) з метою визначення шляхів подальшого розвитку та вдосконалення державної системи правової охорони інтелектуальної власності, пріоритетами якої є максимально повне, своєчасне, якісне забезпечення фізичним та юридичним особам набуття і захисту прав інтелектуальної власності відповідно до міжнародних норм і стандартів. Серед них 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»³, «Про охорону прав на промислові зразки»⁴, «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»⁵, «Про охорону прав на сорти рослин»⁶, «Про охорону прав на зазначення походження товарів»⁷, «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем»⁸, «Про авторське право і суміжні права»⁹, «Про захист економічної конкуренції»¹⁰, «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм»¹¹, «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних із виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування»¹². Є низка і підзаконних актів.

В Україні сформовано організаційну структуру органів, які забезпечують діяльність у сфері охорони інтелектуальної власності: вона створена і діє, є також потужна нормативно-правова база, яка в цілому відповідає міжнародним нормам і стандартам, розбудована відповідна інфраструктура, запроваджені механізми реалізації правових норм.

Однак, як свідчать практика та масові порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності, ця система має вразливі місця. Вони добре відомі фахівцям, і від їх нагадування справа не зрушиться з місця доти, доки дотримання непогано вписаних норм чинного законодавства стане нормою для володільців майнових прав, їх користувачів і державних посадовців. Дефіцит таких в Україні очевидний, він посилюється зі змінами політичних еліт та намаганням їх формувати команди управлінців не за такими професійними ознаками, як освіта, досвід роботи, наявні здобутки, а за приналежністю до цієї політичної сили.

Актуальними залишаються питання кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності на спільних для всіх об'єктів інтелектуальної власності об'єктивних цінностях. До існуючих проблем у сфері прогалин законодавства, а також інтелектуальної власності слід віднести відсутність законодавчого напрацювання щодо договірної передачі ноу-хау, визначення якого наведено в Законі України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»¹³.

Також законодавчого врегулювання чекає і охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в глобальній комп'ютерній мережі Інтернет. Міжнародні зобов'язання України вимагають створення ефективно діючої системи охорони інтелектуальної власності. Виходячи з цього, важливо привести національне законодавство у відповідність до вимог Директиви Європейського Союзу і актів національного законодавства європейських країн, Договорів Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, про виконання та фонограми і рекомендацій цієї організації стосовно охорони найсучасніших об'єктів інформаційних технологій.

Щодо інших проблем у галузі інтелектуальної власності, то потрібно зазначити відсутність чіткого законодавчого врегулювання такого об'єкта промислової власності, як комерційне (фірмове) найменування. У сучасних умовах розвитку ринкової економіки і як наслідок – зростання конкурентної боротьби різних суб'єктів господарювання особливого значення набуває ідентифікація учасників економічного обороту. Вони зацікавлені у формуванні позитивного ставлення до себе, завоювання визнання на ринку, а це можливо тільки тоді, коли споживачі й інші виробники зможуть правильно ідентифікувати самого суб'єкта та його діяльність. Одним із критеріїв ідентифікації є фірмове найменування. Правове регулювання відносин щодо фірмових найменувань здійснюється різними нормативно-правовими актами. Але ці акти не можуть дати відповіді на багато питань, пов'язаних із виникненням, використанням та припиненням права на фірмове найменування.

Відсутність окремого закону, який би містив визначення фірмового найменування, врегулював спірні питання, що виникають у цій сфері, встановлював належний захист права на фірму, ускладнює практичне здійснення суб'єктами цивільного обороту прав, пов'язаних із даними суспільними відносинами. Прийняття відповідного закону сприятиме удосконаленню державного регулювання конкурентного середовища та розвитку ринкових відносин.

На нашу думку, вдосконалення чинного законодавства щодо комерційних (фірмових) найменувань може бути реалізовано прийняттям Закону України «Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування». Такий закон повинен встановити правовий режим для трьох об'єктів інтелектуальної власності: торговельної марки, географічного зазначення та комерційного найменування. Стосовно останнього, то слід визначити поняття комерційного найменування, встановити вимоги до формування його змісту та особливості правової охорони.

Виходячи зі світової практики, необхідно передбачити перелік умов, за яких найменування не може визнаватися комерційним. Передусім це позначення, які не відповідають своєму визначенню або суперечать

публічному порядку, принципам гуманності й моралі чи містять скорочені або повні найменування міжнародних міжурядових організацій без дозволу компетентного органу цих організацій або їх власників, офіційні назви держав та великих міст, повні або скорочені найменування органів державної влади, органів місцевого самоврядування та похідних від цих найменувань.

Слід приділити увагу і змісту прав на комерційне найменування. Правами на комерційне найменування є майнові права використовувати комерційне найменування, перешкоджати іншим особам неправомірно використовувати комерційне найменування, у тому числі забороняти таке використання та інші законодавчо встановлені майнові права. А щодо питання припинення прав на комерційне (фірмове) найменування, то слід передбачити перелік підстав, за яких припиняється право на комерційне найменування – у разі ліквідації юридичної особи, припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця або за рішенням суду.

Також потребують законодавчого визначення питання вирішення колізій прав на комерційні найменування та торговельні марки, комерційні найменування і доменні імена, про долю комерційного найменування в разі реорганізації юридичної особи, також немає визначення поняття відомості комерційних найменувань тощо.

Як свідчить судова практика, сьогодні конфлікт між торговельною маркою та комерційним найменуванням найчастіше виникає при застосуванні ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», п. 3 якої встановлює: «не можуть бути зареєстровані як знаки позначення, які є тотожними або схожими настільки, що їх можна сплутати з фірмовими найменуваннями, що відомі в Україні і належать іншим особам, які одержали право на них до дати подання заявки щодо однорідних товарів і послуг». Поняття *відомості комерційного найменування*, що вживається в цій статті, ні в законодавстві, ні в юридичній літературі не визначено. У зв'язку з цим суди стикаються з цілою низкою спірних питань, серед яких питання визначення критеріїв для встановлення факту *відомості комерційних найменувань* на території України; питання визначення території, на яку буде поширюватися така відомість; питання визначення критеріїв для визначення, які докази відомості фірмового найменування слід вважати загальноприйнятими тощо. Визначення *відомості комерційного найменування* може мати велике практичне значення при вирішенні спорів щодо використання і захисту добре відомих знаків.

Також поширеними категоріями порушень прав на комерційне найменування є його неправомірне чи конфліктне використання в доменних іменах, у торговельних марках чи комерційних найменуваннях, права на які належать іншим особам.

Таким чином, нагальною на сьогодні є потреба удосконалення правового регулювання комерційних найменувань як для функціонування окремих підприємств, так і для розвитку чесних конкурентних відносин у нашій державі та на міжнародному ринку. У світлі актуальних правових і економічних процесів, що відбуваються сьогодні, таке удосконалення має здійснюватися через приведення відповідного законодавства до норм Цивільного та Господарського кодексів України, його гармонізації з відповідними нормами законодавства ЄС, удосконалення законодавства у сфері комерційних найменувань з метою врахування міжнародного та національного досвіду його застосування на практиці.

Враховуючи все викладене вище, підкреслимо необхідність подальшого вдосконалення законодавства, спрямованого на забезпечення конституційних прав громадян на захист інтелектуальної власності, забезпечення сприятливих умов для створення нових, сучасних об'єктів інтелектуальної власності, розвитку цивілізованого ринку цих об'єктів тощо. Державне сприяння охороні інтелектуальної власності вимагає запровадження організаційно-правових заходів, об'єднання зусиль різних органів державної влади, недержавних установ та громадських організацій, визначення подальших шляхів розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності.

В умовах ринкових відносин правове регулювання у сфері інтелектуальної і творчої діяльності людини передбачає зміну кордонів правового впливу. Повнота правового регулювання зумовлює створення таких правових гарантій, які можуть забезпечити розвиток і реалізацію різних форм власності як у сфері науково-технічної творчості, так і творчості в цілому. Тому сучасне законодавство в цій галузі повинно бути повним, системним і обґрунтованим. Це означає урегульованість у законодавстві всіх видів і форм відносин, які виникають в процесі винахідницького пошуку. Однак повноту законодавства не треба зводити до зростання кількості нормативних актів. Уніфікація законодавства необхідна на базі інтеграції, підвищення рівня системності й обґрунтованості правового регулювання.

Удосконалення національної системи охорони інтелектуальної власності в контексті інтеграції України у європейську спільноту вбачається складовою міжнародної системи її охорони. Наразі схвалена Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 р.¹⁴, в якій визначено загальні положення пріоритетів та перспектив розвитку Національної системи інтелектуальної власності, зокрема мету, стратегічні напрями та основні завдання, на використання яких має бути спрямована діяльність щодо реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності.

Стратегія інноваційного розвитку українського суспільства сьогодні – це розробка новітніх наукових ідей та технологій, в тому числі, грид-технологій. У цьому контексті розвиток інтелектуальної сфери в Україні потребує як удосконалення нормативної бази, так і удосконалення механізмів державного управління сферою інтелектуальної власності й розвитку інституційної бази. Також сьогодні актуальним питанням є удосконалення механізмів набуття правової охорони інтелектуальної власності, поліпшення стимулювання у

сфері інтелектуальної власності та створення ефективних механізмів захисту прав інтелектуальної власності. Необхідна розробка дієвих методик запобігання, протидії, розслідування злочинів у сфері інтелектуальної власності, покращення обізнаності та розвитку високої культури широких верств населення в сфері інтелектуальної власності. Досягнення зазначеного потребує підвищення рівня освіти у сфері інтелектуальної власності, розширення міжнародного партнерства, співробітництва, взаємодії у сфері інтелектуальної власності. Інше, не менш важливе завдання – це забезпечення високого рівня інтелектуальної безпеки, вирішення питань утилізації виробів, у яких реалізовані об'єкти інтелектуальної власності, а також фінансове та матеріально-технічне забезпечення впровадження інноваційної моделі розвитку українського суспільства. Окреме питання – це здійснення національного моніторингу та оцінки впровадження новітніх ідей, розробок, нооасобів та грид-технологій¹⁵. Розробляючи стратегію інноваційного розвитку української держави, необхідно враховувати також проблеми розвитку глобалізації, яка потребує теоретичного осмислення тенденцій в еволюції правової, кібернетичної, психологічної і економічної науки та особливо науки права інтелектуальної власності.

Найбільш актуальними питаннями у зазначеному вище контексті є наступні: становлення дієвої й ефективної правової та інституційної системи охорони права інтелектуальної власності в Україні; доцільність імплементації передового досвіду країн Центрально-Східної Європи у сфері інтелектуальної власності в національне законодавство, а також його гармонізації з європейськими та світовими стандартами.

Багато аспектів сучасних стратегій інтелектуальної власності (далі – ІВ) визначаються значною мірою міжнародними та регіональними нормами, які можуть покладати певні зобов'язання на відповідні країни, вона не може бути повністю нав'язана або впроваджена ззовні. Тільки сама країна може розробити детальну стратегію, що відповідає її конкретним умовам, виділити необхідні ресурси на досягнення реальних результатів, а потім зробити практичні кроки з реалізації стратегії. Держава повинна спрямовувати свої зусилля не тільки на розробку стратегії, а й на її застосування.

Необхідно мати чітке уявлення про ситуацію паралельно із реалістичною оцінкою того, що може бути досягнуто. Слід проаналізувати діяльність у сфері ІВ з урахуванням загальної інформації про економічний стан. Картина, отримана на основі цієї інформації, допоможе виявити міцні основи, на яких можна будувати стратегію. Також необхідно розробити детальний план дій, який би вказував, **що, кому і як** робити. План має включати механізми перевірки відповідності змін потребам учасників процесу, щоб вони залишалися прихильниками даного проєкту, а також механізми оцінки досягнення поставлених завдань. Стратегія повинна включати короткострокові, середньострокові й довгострокові цілі, зв'язані в єдине ціле. Поділ цілей на групи впливає з того, що, як правило, ресурсів для впровадження всіх змін одночасно недостатньо. Важливо, щоб заінтересовані особи це розуміли і реалістично дивилися на зміни.

Необхідно сприяти ефективному початку здійснення проєкту і позначити кроки на шляху до його успішного завершення. Усі держави заінтересовані в поліпшенні своїх економічних показників, розвитку підприємництва і промисловості, контролю за нелегальною діяльністю, яка перешкоджає внутрішнім інвестиціям, поліпшенні міжнародних відносин, підвищенні добробуту своїх громадян. Проте багато, якщо не більшість, недостатньо обізнані з тією позитивною роллю, яку відіграє ІВ в досягненні таких цілей.

Перші кроки найчастіше вживає відомство з ІВ. Це той самий момент, коли свою підтримку може надати ВОІВ. Організація зустрічей експерта з профільними чиновниками і міністрами, присвячених стратегії та її цілям, допомагають відомству з ІВ отримати схвалення і продовжити свою діяльність в даному напрямі. Подібні заходи створюють платформу, яка надає можливості для збору інформації та її обговорення, інакше можливе виникнення труднощів при виявленні проблемних областей. Вони також можуть сприяти визначенню того, як необхідно просувати стратегію на політичному рівні, наприклад, органу, який може санкціонувати стратегію і порядок її узгодження (через парламент, президента, прем'єр-міністра), а також процедури, якої слід дотримуватися. Від уряду мають брати участь вищезазначені міністерства, однак, зазвичай, саме національне відомство ІВ відіграє визначальну роль, і воно повинно керувати програмою та сприяти її здійсненню. На цій же стадії слід вирішити питання звітності з виконуваної роботи і розробити механізми контролю. Дуже важливо визначити стратегічного партнера або партнерів для надання експертної допомоги, коли в цьому є необхідність. У рамках ВОІВ існує низка програм щодо забезпечення максимальних можливостей і доступу до професійних ресурсів. Міжнародні організації, такі як Світовий банк та Агентство США з міжнародного розвитку, регіональні організації та національні відомства ІВ також можуть надати таку співпрацю.

Стратегія повинна розроблятися з урахуванням конкретної ситуації в кожній окремій країні. Це означає облік історії і політичних інститутів держави, рівня населення, ВВП, обсягу зовнішніх інвестицій. Більше того, відносини країни з міжнародними організаціями, такими як Європейський Союз, Європейська Патентна Організація (далі – ЄАПО), також будуть впливати на зміст і ключові позиції стратегії. Необхідно провести аналіз діяльності національного відомства з ІВ щодо всіх видів ІВ. При цьому треба дослідити тенденції, кількість національних та іноземних заявників, управління відомством з ІВ, включаючи його фінансовий стан, тобто прибуток, витрати й способи фінансування.

Для збору необхідної інформації необхідно здійснити дослідження, зібрати статистичні дані, провести опитування, ідеально – за допомогою анкетування з метою утримання обговорення в межах заданої тематики. Анкетування повинно містити наступні питання: по-перше, яке розуміння ІВ є на сьогоднішній день? По-друге, як використовується ІВ в організації? По-третє, які труднощі виникають при використанні системи ІВ? По-четверте, які існують потреби в поліпшенні? По-п'яте, які пріоритети організації?

Водночас слід зрозуміти реальний стан економіки, з урахуванням ВВП, його зростання, тенденцій у промисловості, послугах, творчому секторі, сільському господарстві та туризмі, оскільки дані фактори вплинуть на визначення пріоритетів для розвитку або змін. Також необхідно визначити ступінь поширення телекомунікаційної та ІТ-інфраструктури і її використання, оскільки дані фактори матимуть вплив на методи й можливості здійснення стратегії. Обсяг і характер НДДКР, а також використання ліцензування технологій у промисловості є суттєвими чинниками при прийнятті рішень. Активність діяльності у рамках творчого сектора, що випускає книги, музику, програми для ЕОМ і фільми, у сфері маркетингу та реклами вказує на масштаби використання авторських прав.

Стратегія у сфері інтелектуальної власності повинна бути включена в загальну стратегію розвитку та співвіднесена з існуючою політикою у сфері економічного, наукового й культурного розвитку. Це передбачає забезпечення інформованості партнерів про стратегію і, коли це можливо, залучення до виконання її завдань. Дана робота надає великого імпульсу стратегії і допомагає уникнути необхідної роботи з оцінки та планування можливостей, управління та ролі національного відомства з ІВ у наданні прав, розробці політики з ІВ і того, наскільки широко їм надається допомога та консультації для бізнесу.

Надзвичайно актуальним є питання передачі технологій. Якщо існує національна політика в області передачі технологій, стратегія ІВ має враховувати і її. Якщо такої немає, слід її створити. Така політика повинна забезпечити наявність професіоналів та органів, компетентних у питаннях передачі технологій, оскільки тут виникають складнощі, враховуючи надзвичайно різні очікування з боку науково-дослідних установ та підприємств. Бажаним результатом, у широкому сенсі, є створення середовища, в якому інтелектуальна власність дає можливість новаторам і авторам отримувати економічну вигоду від їх роботи і зміцнювати економічні досягнення країни на благо бізнесу, вчених, авторів і суспільства в цілому, а також підвищувати економічну конкурентоспроможність.

Стратегії і супутній план дій можуть стати і своєрідним «маніфестом» стратегії та використовуватися для роз'яснення широкій публіці. Досягнення багатьох цілей є важливим завданням, і позначення пріоритетів та поступальне впровадження, найімовірніше, підвищить успіх і допоможе отримати результати в коротко- та середньостроковій перспективі. Для того, щоб стратегія ІВ мала сенс і сприяла підвищенню добробуту країни, необхідна участь широкого кола заінтересованих осіб. Враховуючи це, стратегія може розроблятися тільки в структурованому і цілеспрямованому вигляді, вона має забезпечити інтенсивне горизонтальне співробітництво сторін. Так, урядові структури не можуть самі по собі створити і реалізувати стратегію, що відповідає потребам суспільства, бізнесу і комерційного сектора, а також вчених, технологів та працівників творчих галузей. Робоча група, можливо, повинна складатися з урядовців для збереження темпів просування ініціативи, але є вагомі аргументи на користь створення Ради програми для нагляду за роботою вищезгаданої робочої групи та прийняття рішень щодо пріоритетів і розподілу ресурсів.

Що стосується питань створення нових технологій та інновацій на основі винаходів, то ситуація в цій сфері наступна. Підвищення рівня соціально-економічного розвитку країн значною мірою залежить від ефективного використання різноманітних об'єктів інтелектуальної власності. Ці об'єкти виникають завдяки інтелекту людини, її знань та досвіду і зазвичай цінуються надзвичайно високо та коштують дорого. Україна має «піонерські» винаходи і новітні розробки у сфері електрозварювання, матеріалознавства, лазерної, криогенної, аерокосмічної техніки, суднобудування, засобів зв'язку і телекомунікацій, програмних продуктів. З'явилося багато нових сфер інтелектуальної діяльності, результати якої потребують правової охорони й регулювання. Так, постала потреба в охороні біологічних досягнень, включаючи селекційні, так само як і інтелектуальних результатів, що пов'язані з появою нових технічних засобів. З винайденням електронно-обчислювальних машин створювалися нові групи технічних досягнень, які отримали матеріальне втілення, виникла й потреба програмного забезпечення, баз даних. Поява звуко- і відеозаписуючої апаратури поставила питання охорони прав на записи артистів-виконавців, прав організацій, що здійснюють такі записи, а розповсюдження радіо й телебачення поставило питання про права студій на передачі, що ними транслюються. Перелік таких нових сфер стрімко поширюється. Зокрема, актуальним є надання охорони досягненням генетики, новим різновидам комп'ютерних програм, наприклад, Інтернет-сайтів, наукових відкриттів тощо. Зростає значення такого об'єкта права інтелектуальної власності, як нерозкрита інформація, включаючи секрети виробництва. Це не тільки знання та досвід виробничо-технічного характеру, а й різноманітна нетехнічна інформація – дані про організацію і економіку виробництва, маркетинг, комерційні знання, джерела фінансування, бізнес-плани та інша інформація.

Сьогодні на розвиток інтелектуальної власності в Україні можна впливати через державну підтримку винахідництва, належний рівень його фінансування, популяризацію даного напрямку, активізацію міжнародного співробітництва в усіх сферах інтелектуальної діяльності. Важливий вплив забезпечить також і створення та запровадження належної освітньої програми, вдосконалення нормативної бази, децентралізація повноважень центрального органу управління у сфері інтелектуальної власності, трансфер технологій.

Але окрім цього можна запропонувати декілька інноваційних методів, які поширені серед країн світу. До них належать і бізнес-інкубатори. Бізнес-інкубатори – це організації, які надають на певних умовах і на певний час спеціально обладнані приміщення та інше майно суб'єктам малого та середнього підприємництва, що розпочинають свою діяльність, з метою сприяння у набутті ними фінансової самостійності. Найважливішими функціями бізнес-інкубаторів є: надання приміщення для офісів або майстерень на умовах оренди, за цінами, нижчими від ринкових і з гнучкими умовами одержання додаткового місця за вимогою. Це й

адміністративні та технічні послуги, консалтинг/бізнес-планування для початківців і потенційних підприємців. Також можливий широкий набір інших консалтингових послуг, трансфер технологій, пропозиції з проведення семінарів і тренінгів. Інноваційні бізнес-інкубатори могли б стати посередниками між ланкою малого та середнього бізнесу, заснованого на винаходах та корисних моделях, і майбутніми інвесторами й державою. У результаті це прискорило б розвиток невеликих підприємств, створення нових робочих місць, збільшило б надходження до державного бюджету тощо.

Іншою, не менш ефективною формою стимулювання винахідництва, могли б стати так звані професорські привілеї, згідно з якими права на патентування винаходів, зроблених викладачами або науковими співробітником при виконанні досліджень за рахунок бюджету, належали цим викладачам або науковцям. Важливим стимулом для активізації винахідницької діяльності може стати консалтинговий або консультативний інжиніринг. Незважаючи на те, що це – досить нове явище для вітчизняного підприємця у світовій практиці, цей вид інжинірингу широко використовується, враховуючи розвиток нових технологій та інноваційних рішень. Інжиніринг – це відокремлений у самостійну сферу діяльності комплекс послуг комерційного характеру з підготовки і забезпечення процесу виробництва продукції, з обслуговування будівництва та експлуатації промислових об'єктів. Інжиніринг можна визначити як комплекс послуг, що надаються на комерційній основі техніко-економічного обґрунтування створення нових підприємств, проектування й експлуатації виробничих і невиробничих об'єктів, випуску нових видів продукції, вдосконалення управління підприємствами тощо.

Надання на основі договору на інжиніринг повного комплексу послуг і поставок включає чотири окремих види інженерно-технічних послуг, кожний із яких може бути предметом самостійного договору. Так, консалтинговий інжиніринг пов'язаний, головним чином, з інтелектуальними послугами з метою проектування об'єктів, розробки планів будівництва і контролю за проведенням робіт. А технологічний інжиніринг дає змогу надати замовнику технології, необхідні для будівництва промислового об'єкта та його експлуатації.

Консультативний або консалтинговий інжиніринг включає проведення попередніх техніко-економічних обґрунтувань і досліджень, пов'язаних із загальним проектуванням; планування та підготовку креслень і кошторисів витрат; підготовку попередніх ескізів, проектної документації, детальних креслень і специфікацій; планування та складання програми фінансування; підготовку технічних умов для участі в торгах і видачу рекомендацій, оцінку пропозицій про будівництво об'єктів; контроль за будівництвом, виготовленням обладнання, монтажем, налагодженням і пуском обладнання, його експлуатацію; видачу сертифікатів про якість проведених робіт тощо.

На кожній стадії інжинірингу завжди присутній інтелектуальний інжиніринг, адже без креслень і планів неможливо розробити і впровадити сучасні технології та інновації. Консультативний інжиніринг можна розглядати окремо від усього комплексу інжинірингових послуг, коли організація доручає різні етапи впровадження технології різним компаніям-постачальникам.

Інноваційним перспективам нашої країни в сфері інтелектуальної власності має сприяти і прийнятий Верховною Радою України Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність»¹⁶.

Враховуючи все викладене вище та підсумовуючи основні тези щодо удосконалення правової охорони інтелектуальної власності в Україні, варто звернути увагу й на таке. По-перше, 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. По-друге, слід кодифікувати чинну нормативно-правову базу, яка здійснює вплив на регулювання відносин у праві інтелектуальної власності. По-третє, необхідно подолати суперечності, наявні сьогодні в процесі підготовки юристів-фахівців, шукати на системних засадах створення і впровадження в практику вищої школи інтеграцію юридичної освіти й 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. По-четверте, слід розробляти і реалізовувати структуровану програму для реалізації стратегії управління інтелектуальною власністю в країні. Беручи до уваги, що існують різні техніки управління проектами, і всі вони включають значно поширені особливості, відповідні державні органи й інституції у сфері інтелектуальної власності повинні вибирати і реалізовувати ту методологію, яка найбільш підходить до реальної ситуації та є максимально ефективною.

¹ Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 року. URL: <http://sips.gov.ua/ua/project-ip-strategy28082014>

² Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки. URL: http://sips.gov.ua/i_upload/file/konts9-14.doc

³ 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>

⁴ 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>

⁵ 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>

⁶ 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>

⁷ 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>

⁸ 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>

⁹ 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>

¹⁰ 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>

¹¹ 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>

¹² 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>

¹³ Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2006. № 45. Ст. 434. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/143-16>

¹⁴ Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 року. URL: <http://sips.gov.ua/ua/project-ip-strategy28082014>

¹⁵ URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/NT1009.html

¹⁶ Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2016. № 3. Ст. 25. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/848-19>

Резюме

Бошицький Ю.Л. Деякі організаційно-правові аспекти удосконалення правової охорони інтелектуальної власності в сучасній Україні.

У статті, враховуючи необхідність удосконалення правової охорони інтелектуальної власності в Україні, проведено аналіз законодавства та практики його застосування щодо необхідності підвищення культури суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності. Це сприятиме оптимізації 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. Аналізується питання необхідності кодифікації чинної нормативно-правової бази, яка впливає на регулювання відносин у праві інтелектуальної власності.

Ключові слова: правова охорона інтелектуальної власності, правова культура, комерціалізація об'єктів інтелектуальної власності, підготовка юристів-фахівців у сфері інтелектуальної власності, стратегія управління інтелектуальною власністю, управління проектами.

Резюме

Бошицький Ю.Л. Некоторые организационно-правовые аспекты совершенствования правовой охраны интеллектуальной собственности в современной Украине.

В статье, учитывая необходимость совершенствования правовой охраны интеллектуальной собственности в Украине, проведен анализ законодательства и практики его применения о необходимости повышения культуры общественных отношений в сфере интеллектуальной собственности. Это будет способствовать оптимизации условий для творческой интеллектуальной деятельности инженеров, изобретателей, ученых, для развития цивилизованного рынка результатов их деятельности, коммерциализации широкого круга различных объектов интеллектуальной собственности, ведения эффективного и честного бизнеса и тому подобное. Анализируется вопрос о необходимости кодификации действующей нормативно-правовой базы, которая влияет на регулирование отношений в праве интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: правовая охрана интеллектуальной собственности, правовая культура, коммерциализация объектов интеллектуальной собственности, подготовка юристов в сфере интеллектуальной собственности, стратегия управления интеллектуальной собственностью, управления проектами.

Summary

Yuriy Boshytsky. Some organizational and legal aspects of improving the legal protection of intellectual property in modern Ukraine.

The article analyzes the legislation and practice of its application concerning the need to improve the culture of social relations in the field of intellectual property, taking into account the need to improve the legal protection of intellectual property in Ukraine. This will foster optimizing the conditions for creative intellectual activities of engineers, inventors, scientists, for the development of a civilized market for the results of their activities, for the commercialization of a wide range of objects of intellectual property, for effective and honest business operations and so forth. The issue of the need to codify the current regulatory framework, which affects the regulation of relations in intellectual property law, is analyzed.

The article focuses on the high level of piracy and large-scale infringements of intellectual property rights in Ukraine. The lack of citizens' readiness to respect intellectual property law, the contempt for the protection of the results of intellectual work, and the weakness of the mechanisms of protection and defense of the results of intellectual creativity are emphasized. The reason for violations in the field of intellectual property is defined as the low level of general culture of the citizens of Ukraine and the low level of education in the field of intellectual property. The need to overcome the contradictions existing today in the process of training future lawyers is

substantiated, as well as the search for a systematic basis for creating and implementing the model of training students for future professional activities is proposed. It is proved that such model should be aimed at training legal professionals who can perceive law as a force designed to protect the rights and freedoms of citizens, which meets the requirements of universal morality, equality and justice in society. Emphasis is placed on the fact that law as a social phenomenon together with other social factors forms the ideals and limits of the freedom.

The article proposes to develop and implement a structured program for the implementation of intellectual property management strategy in Ukraine. Given that there are different techniques for managing such projects, and they all include common features, the relevant government agencies and institutions in the field of intellectual property should choose and implement the methodology that best suits the real situation and is the most effective.

Key words: legal protection of intellectual property, legal culture, commercialization of objects of intellectual property, training lawyers in the field of intellectual property, intellectual property management strategy, project management.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.44

УДК 347.77+34.05

Р.В. БУДКА

*Руслан Володимирович Будка, аспірант Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-4748-5565

ПРАВОВА ОХОРОНА АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ У ЧЕСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ ТА ДОСВІД УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Порівняльно-правовому аналізу правової охорони авторського права і суміжних прав у правових системах України та Чеської Республіки присвячено мало досліджень. А чеський досвід охорони авторського права заслуговує на увагу, оскільки Чеська Республіка більш тісно інтегрувалася у міжнародні механізми захисту інтелектуальної власності, а також приєдналася до механізмів його захисту як держава-член Європейського Союзу. Тому такий досвід є важливим і цінним для України, яка у Преамбулі та в низці положень Конституції України визначила в якості пріоритету інтеграцію до ЄС у якості повноправного члена цієї наднаціональної інституції. У контексті нашої проблематики інтеграція України до ЄС не є самоціллю, а її слід розглядати як інструмент забезпечення високих стандартів правової охорони авторського права і суміжних прав.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різного роду аспектам еволюції та систематики правової охорони авторського права і суміжних прав приділяють увагу такі чеські науковці, як П. Гунгр, К. Кнап, Й. Кржіт, Л. Кубу, С. Латтова, П. Осіна, Р. Павлас, М. Саломоун, І. Телеца, П. Тума, М. Черні, М. Шебелова. Окремим порівняльно правовим-аспектам правової охорони авторського права та суміжних прав приділено увагу у працях Г. Андрощук, Ю. Бошицького, О. Орлюк, В. Скордамельї, С. Сударокова. У цій статті буде проаналізовано особливості правової охорони авторського права в Чеській Республіці та її поступової трансформації у рамках Європейського Союзу на тлі правової охорони об'єктів авторського права і суміжних прав в Україні.

Метою статті є визначення місця авторського права і суміжних прав у правовій системі Чеської Республіки, його співвідношення із наявною правовою доктриною та правом Європейського Союзу. Як буде нижче розкрито, на розвиток авторського права і суміжних прав Чеської Республіки впливають публічно-правові елементи, оскільки це кардинальним чином впливає на обсяг правової охорони права інтелектуальної власності загалом.

Основна частина. Початок захисту авторських прав на чеських землях датується 1811 р., коли до австрійського ABGB (Загального цивільного кодексу) були внесені зміни, які також набули чинності на території Чехії. У 1846 р. вперше було закріплено захист певних видів творів від їх відтворення та загального користування. У даний час правове регулювання авторського права міститься в Законі № 121/2000 Sb. про авторське право та права, пов'язані з авторським правом (Закон про авторське право).

У чеській юридичній науці прийнято вважати, що авторське право належить до суміжної сфери цивільного та приватного права відповідно. Право інтелектуальної власності прийнято поділяти на два рівні, а саме: рівень авторського права та рівень права промислової власності. За своєю природою право промислової власності частково втручається в публічне право¹, оскільки його охороною опікуються деякі державні установи Бюро промислової власності, яке знаходиться у Празі. Таким чином, у чеському праві визнається, що публічно-правовий елемент права промислової власності істотно зачіпає в компоненті забезпечення адміністративних послуг у цій сфері, пов'язаною із правовою охороною ПІВ. У комплексі це дає більш комплексну картину бачення природи правовідносин, зокрема і в сфері авторського права та суміжних прав.

© Р.В. Будка, 2020

* *Ruslan Boudka, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

У Чеській Республіці науковці розуміють авторське право в об'єктивному значенні як сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають внаслідок створення та суспільного застосування літературних, наукових та мистецьких творів, які в сукупності називаються авторськими творами. З більш широкої точки зору це не тільки правові норми, що містяться в законодавстві про авторське право, а також інші норми, що містяться в інших нормативних-правових актах, які також регулюють ці правовідносини².

Як зазначають І. Телец і П. Тума, концептуально авторське право будується на елементах дуалістичної концепції, згідно з якою авторське право розуміється як сукупність виключних особистих прав та виключних майнових прав. Предметом авторського права є літературні, художні та наукові твори. Юридично та філософськи законодавство про авторське право – це засіб захисту інтелектуальної творчості художнього чи наукового характеру. Тому він заснований на принципі правдивості авторства, і лише фізична особа може бути власником авторських прав. Відповідно до європейської континентальної концепції, чеське законодавство про авторське право базується на принципі формальності. Суб'єктивне авторське право виникає в момент створення твору та *ex lege*. Про визнання охорони авторства не існує потреби втручання держави, як не вимагається будь-яке інше втручання держави для надання захисту авторських прав. Будь-який об'єктивний вираз, навіть ефемерний, є достатнім для створення авторських прав. Робота вважається опублікованою за її виконанням або функціонуванням. Матеріальна фіксація твору не потрібна ні для створення авторських прав, ні для публікації твору. Особисті права свідчать виключно про автора³. Натомість в українській науці прийнято вважати, що в об'єктивному значенні авторське право являє собою сукупність правових норм, які регулюють відносини, що виникають у зв'язку зі створенням та використанням творів науки, літератури і мистецтва. У суб'єктивному значенні авторське право – це особисті немайнові і майнові права, що належать особам, які створили твори науки, літератури і мистецтва⁴.

Правове регулювання авторських прав у Чеській Республіці забезпечується Законом № 121/2000 Sb. про авторське право, про права, пов'язані з авторським правом, та про внесення змін до деяких законів (Закон про авторські права)⁵. На зміст правовідносин, що впливають із авторського та суміжних прав, впливають діюча юридична концепція авторського права, поняття автора твору, а також концепції застосування та розповсюдження окремих авторських прав, які належать автору. Попереднє правове регулювання авторських прав у Законі № 35/1965 Sb. (періоду Чехословацької Соціалістичної Республіки), природно, не включали відповідні норми Європейських Співтовариств, як це набуло чинності із правовим регулюванням авторських прав у Законі № 121/2000 Sb. Таким чином, у чеському праві авторське право та суміжні права охоплюють наступні три сфери: а) авторський твір та його автор; б) права, що впливають із твору автора; в) застосування прав, що впливають із авторських прав, тобто авторство.

Як визначає § 2 ч. 1 Закон № 121/2000 Sb. про авторські права, авторський твір – це літературний та інший витвір мистецтва чи науки, який є унікальним результатом творчої діяльності автора і виражається в будь-якій об'єктивно сприйнятій формі, в тому числі в електронній, постійно чи тимчасово, незалежно від її обсягу, мети чи значення. Українське законодавство не дає такого універсального визначення, а в ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» дається визначення таким видам творів, як аудіовізуального, службового та похідного творів, творів архітектури, образотворчого і ужиткового мистецтва, бази даних, карикатури, комп'ютерної програми, пародії, попури. Таким чином, українське законодавство більш є формалізованим і казуальним порівняно з чеським, яке дає визначення в § 2 Закону № 121/2000 Sb. про авторські права поняття авторського твору в більш загальній формі. Про переваги такого правового регулювання, зважаючи на динаміку та ефективність правової охорони авторських прав в Україні, доволі складно говорити.

Професор Іво Телец вважає, що твір – це своєрідний інтелектуальний плід, коли слово *інтелектуальний* розуміється як синонім терміна нематеріальний. З цієї онтологічної причини він також говорить про те, що твір носить печатку особистості його творця, є вираженням і відображенням його духу, керованого вільною волею, вільним вибором творчих процедур, методів, стилів тощо⁶. Індивідуальність твору полягає в доктринальній концепції всієї сфери, що підтверджується думками інших авторів, які спеціалізуються на авторському праві⁷. У структурі авторського права і суміжних прав виділяють твори мистецтва та наукові твори. До творів, що підпадають під охорону авторського права, у чеській доктрині прийнято відносити: а) словесний твір, виражений словом чи письмом; б) комп'ютерні програми на рівні літературного твору та бази даних; в) драматичний та музично-драматичний твір; г) хореографічний твір і пантоміму; д) фотографії та твір, виражений способом, подібним до фотографії; е) аудіовізуальний і кінематографічний твір; є) художня робота – живопис, графіка та скульптура; ж) архітектурна робота, включаючи урбаністичні твори (*díla urbanistické*); з) картографічні твори.

У чеській науці прийнято вважати, що авторський твір – це літературна, художня або наукова робота, яка в сукупності відповідає наступним двом ознакам: 1) є результатом унікальної творчої діяльності автора як фізичної особи, і 2) виражається в будь-якій об'єктивно сприйнятій формі⁸. На думку І. Телєца, існує третя його особливість – відсутність виключення із захисту авторських прав⁹.

Авторський твір згідно з чеським законодавством повинен відповідати наступним критеріям: 1) насамперед має бути унікальним, тобто оригінальним творінням автора; 2) він повинен бути виражений в об'єктивно сприйнятій формі. При цьому Закон про авторське право передбачає, що знищення речі, через яку виражений твір, не припиняє авторських прав на твір (§ 9 ч. 2). Таким чином, наприклад, якщо ноти симфонії будуть знищені, то сама симфонія як авторський твір буде продовжувати існувати, хоча і без матеріального

субстрату, нотного запису. Крім того, Закон про авторське право передбачає, що робота також може бути представлена в електронній формі, що є спеціальним механізмом для комп'ютерних програм. Отже, якщо твір відповідає обидвом юридичним умовам, це твір, захищений авторським правом, який є об'єктом авторського права, і як такий захищений законом про авторське право¹⁰.

Згідно з чеським Законом про авторські права абсолютно не має значення, якщо на твір про авторське право згадується так зване положення про авторські права. Його мета – забезпечити захист авторських прав у країнах, які вимагають виконання різних формальних вимог щодо створення правової охорони авторських прав, будь то положення про авторське право, реєстрацію чи сплату зборів тощо. Положення про авторське право містять: символ ©, назву суб'єкта авторського права, рік першої публікації. На додаток до згадки про належність авторського права на копіях захищених авторським правом творів з'являються так звані визнання (заборони надрукування), які, за винятком права накладання відповідно до § 34 ч. 1, речення с) Закону про авторське права повністю зайве і не має певних юридичних наслідків¹¹.

Твір стає авторським твором без виконання будь-яких формальних умов. Таким чином, авторські твори ніде не застосовуються, не реєструються тощо. На практиці цей факт часто є дуже проблематичним, і тому тривають пошуки способів доведення на майбутнє, що авторський твір був створений в певний момент. В даний час існує так звана реєстрація авторських прав, що здійснюється деякими установами, зокрема такими, як Асоціація комунікаційних агентств (АКА).

Окрім цього, Закон про авторське право у § 2 ч. 5 визначає колективний твір (базу даних) як сукупність самостійних творів чи інших елементів, що є унікальним результатом творчої діяльності автора шляхом відбору чи упорядкування змісту. Самостійні роботи або елементи не повинні бути захищені авторським правом самі по собі. Згідно із Законом про авторське право, колективні роботи – це журнал, енциклопедія, антологія, гурт, виставка чи інша база даних. Закон про авторське право використовує термін база даних у двох значеннях: з одного боку, у § 2 ч. 5 як позначення колективного твору, який є авторською роботою. Крім того, термін база даних міститься в § 88. Такі бази даних не є захищеними авторським правом роботами, але вони є захищені особливим чином згідно з § 88. Зокрема, на авторські права автора частини бази даних створення бази даних не впливає, тому ця робота може бути використана, відповідно, включені до бази даних лише за згодою цього автора. У тому випадку, якщо автор колективного твору включить у твір інший авторський твір без згоди автора цього твору, це буде несанкціоноване використання твору. У такому випадку автор твору має право на подвійну ціну, звичайну за користування авторською роботою, відшкодування шкоди та питання про несправедливе збагачення несанкціонованого користувача його твору.

Автором колективної роботи є той, хто творчо підібрав та упорядкував набір елементів. Окремі частини бази даних можуть бути самими творами, захищеними авторським правом, або лише елементами без особливостей твору, захищеного авторським правом.

Специфічне місце серед об'єктів авторського права і суміжних прав посідають комп'ютерні програми і бази даних. Згідно із чеським законодавством вважається комп'ютерною програмою такий твір, якщо він оригінальний в тому сенсі, що це власне інтелектуальне творіння автора (§ 2 ч. 2 Закону № 121/2000 Sb. про авторське право). Таким чином, вимога унікальності авторського твору тут не є кваліфікаційною ознакою як результат інтелектуальної діяльності, а натомість замінюється оригінальністю. Згідно із сучасними тенденціями у створенні комп'ютерних програм це логічно, що враховує їхню природу як результат творчої діяльності. Комп'ютерні програми побудовані сьогодні на ідеях та принципах, на яких ґрунтується один із елементів комп'ютерної програми 14, і вони не захищені авторським правом, зокрема алгоритмах, математичних формулах тощо (§ 65 ч. 2 Закону № 121/2000 Sb. про авторське право).

Договірне право базується на принципі непередаваності авторських прав, включаючи права власності. Це стосується відчуження між живими, *inter vivos*, авторами. Права власності можуть бути відчужені заповітом у разі смерті (*mortis causa*). Авторське право не підлягає використанню. Однак це вже не стосується переваг цих прав. В інших випадках автор або його спадкоємець має право надати ліцензію іншій особі на використання захищеного твору за ліцензійною угодою. Отже, це договірні відносини конститутивного характеру, коли права автора не закінчуються, а їх передача іншій особі не відбувається. Цим автор створює нове право власності на користь третьої сторони, яке він зобов'язаний поважати та терпіти.

Особисті права в чеському праві засвідчують виключні права автора як про творця твору і втрачають свою силу після його смерті. Потім майнові права тривають ще 70 років після смерті автора і є частиною спадщини автора. Що стосується суміжних прав, то правова охорона поширюється на 50 років після смерті автора. Аналогічні правила містять ст. ст. 28 і 44 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Якщо говорити про категорію авторського права в суб'єктивному сенсі, то під цим терміном маються на увазі права, що виникають у автора і які він може реалізувати стосовно створеного ним твору¹².

Іншими словами, авторське право в об'єктивному розумінні – це сукупність правових норм, що регулюють створення та використання творів мистецтва. Авторські права в суб'єктивному розумінні – це права автора щодо створення та використання творів мистецтва¹³.

В українській науці інтелектуальної власності з посиланням на білоруського науковця С. Сударкова ведуть мову про чотири ознаки правової охорони творів як об'єктів авторського права:

- творчий характер означає, що твір може бути об'єктом правової охорони, якщо він є результатом інтелектуальної, творчої діяльності його автора;
- об'єктивна форма вираження означає, що твір може бути об'єктом правової охорони, якщо він виражений в об'єктивній формі;

– зміст означає, що незалежно від його характеру може бути об'єктом правової охорони з деякими обмеженнями, що визначаються законодавством;

– оприлюднення означає, що твір може бути об'єктом правової охорони незалежно від того, виведений він із приватної сфери чи ні¹⁴.

Дві з останніх ознак стосуються конституційних гарантій свободи вираження поглядів, зокрема свободи наукової і творчої діяльності, а також гарантій недоторканності права власності, яке не може бути порушене свавільно. Тому вони мають більш універсальний характер і не стосуються виключно авторського права як результату творчої діяльності автора.

Окремої уваги заслуговує правове регулювання у Чеській Республіці питань співавторства. Якщо кілька авторів створюють авторський твір разом, вони є співавторами. Створена авторська робота тоді повинна бути цілісною та унікальною. Не є вирішальним, які стосунки складаються між авторами і чи працюють вони над авторським твором одночасно чи поступово. Співавторство здебільшого стосується авторської співпраці над твором в тій же галузі, наприклад, у літературному творі. Водночас робота співавтора не є музично-літературною складовою одного твору, тобто пісню. У даному випадку це дві окремі роботи, які об'єднані в одну колективну роботу. Авторське право належить всім співавторам солідарно. Усі особисті та майнові захищені авторським правом роботи свідчать про всіх співавторів щодо авторської роботи. З правових актів, що стосуються роботи співавторів, кожен має право та зобов'язання солідарно. Тому закон закріплює тут принцип солідарності. Співавтором є не той, хто сприяв створенню твору лише надавши допомогу чи пораду, або той, хто дав поштовх до створення твору. Для керівництва твором потрібна згода всіх співавторів, незалежно від розміру їх творчих внесків¹⁵.

Закон про авторське право базується на принципі неформальності походження авторського твору. У Чеській Республіці немає потреби реєструватись, входити в систему або сплачувати будь-які збори за роботи, захищені авторським правом. Авторське право на твір виникає, коли твір виражається в будь-якій матеріальній формі. Якщо твір виражається через матеріальну річ, на носії або у вигляді зображення, його існування є юридично незалежним. Знищення матеріальної речі не припиняє авторські права на твір. Якщо особа, яка не є автором, набуває права власності на річ, завдяки якій твір виражається, вона не набуває права здійснювати право на використання твору, якщо інше не погоджено з автором. Власник оригінального твору або його тиражування не має зобов'язань щодо цього об'єкта, йому не потрібно зберігати або захищати його від знищення, якщо він не погодився з автором цих зобов'язань, або якщо цього вимагає закон (охорона пам'яток культури). Зміст авторського права визначається поєднанням двох видів прав: виключних прав особистості та виключних прав власності. Це дає їм змогу мати різні режими¹⁶.

В останні роки у правопорядку Чехії відбулися доволі істотні зміни, пов'язані зі набранням чинності з 1 січня 2014 р. Нового цивільний кодексу¹⁷ (Nový občanský zákoník, NOZ), яким, крім багатьох інших юридичних інститутів, також вніс зміни до положень Закону про авторське право, що регулює відносини щодо ліцензійних договорів¹⁸.

Натомість у Європейському Союзі говорять про потребу або навіть необхідність змінити розуміння функцій авторського права. У липні 2014 р. Європейська Комісія опублікувала звіт про результати публічних консультацій щодо перегляду європейських авторських прав. Комісія дозволила широкому колу різних суб'єктів брати активну участь у дебатах щодо напрямку європейських авторських прав.

Консультації охопили, наприклад, питання, що стосуються принципу територіальності авторського права, області винятків та обмежень або умов транскордонного доступу до цифрового вмісту, реєстрації захищених творів, ефективного забезпечення прав інтелектуальної власності та інших. Метою консультації було отримання думок якнайширшого кола заінтересованих сторін щодо актуальних питань права інтелектуальної власності. Результатом стало понад 9500 відповідей на поданий документ та понад 11000 коментарів, включаючи питання та коментарі, адресовані Комісії. Пропозиції були отримані від кінцевих користувачів, архівів, музеїв, бібліотек, видавців чи постачальників Інтернет-зв'язку¹⁹.

На відміну від попереднього правового регулювання, яке в чеській доктрині розглядають навіть як певний розрив із середньоєвропейською правовою традицією/доктриною (diskontinuité NOZ... rešpektujúc stredo-európske tradičné myslenie), Новий цивільний кодекс уніфікував фрагментарне правове регулювання ліцензійних угод щодо інтелектуальної власності, тоді як у спеціальних положеннях він регулює питання надання ліцензії на авторські права (§§ 2371 та наступні) тощо. З метою уніфікації правового регулювання умов надання ліцензій на захищені авторським правом та права промислової власності є запровадження більш простого і зручного способу ліцензування, а також посилення правової визначеності сторін за угодами.

Із входженням Чеської Республіки до складу Європейського Союзу відбувся процес зближення національного законодавства Чехії із законодавством ЄС. Зокрема, на цей процес впливає явище гармонізації та уніфікації права у рамках ЄС. Також на авторське право і суміжні права впливає як складова приватного права його тісна взаємодія із публічним правом, оскільки значна питома вага процедур з охорони авторського права здійснюється Бюро із захисту промислової власності. На диференціацію засобів правової охорони авторського права у Чеській Республіці впливає сам характер об'єкта правової охорони, оскільки твір сам по собі відображає індивідуальні характеристики його автора, його підходи, стиль та творчий портрет загалом. Як пишуть І. Телец і П. Тума, сьогодні чеське авторське право повністю гармонізоване із законодавством ЄС. Подібно до цього були дотримані зобов'язання, що випливають із міжнародних угод, стороною яких є Чеська Республіка, і тому чеське законодавство про авторське право відповідає загалом міжнародній системі охорони авторських прав²⁰.

Окремою проблемою охорони авторського права та суміжних права став принцип територіальності та пов'язане з ним явище паралельних права²¹. Згідно з панівною доктриною, за аналогією до права власності *locus rei sitae* (з лат. – місцезнаходження речі), права інтелектуальної власності підлягають захистові лише за національним принципом, тобто на території, на яку поширюється юрисдикція національного законодавця, зокрема:

- 1) охорона, надана в одній державі, діє незалежно від охорони, що може існувати в іншій державі;
- 2) порушенням прав можуть вважатися лише дії, вчинені на тій території, де охорона тих прав гарантована державою.

У зв'язку із такою специфікою виникає явище паралельних прав, коли існує потреба здійснити низку адміністративних процедур із метою забезпечення аналогічної чи подібної правової охорони права інтелектуальної власності. Однак якщо національні правопорядки передбачають різні юридичні режими правової охорони ПІВ, то цю ситуацію може оптимізувати міжнародне співробітництво в рамках відповідних міжнародних угод. Сьогодні такою міжнародно-правовою базою служать Бернська Конвенція про охорону літературних творів і мистецтва від 9 вересня 1886 р. та Паризький акт 1971 р.

З інституційної точки зору процес міжнародної правової охорони ПІВ забезпечувався у рамках Міжнародного об'єднаного відомства інтелектуальної власності, на зміну якому у 1967 р. прийшла Всесвітня організація інтелектуальної власності (далі – ВОІВ). Секретаріат ВОІВ здійснює управління Мадридським Союзом (міжнародна реєстрація торгових марок) та Союзом РСТ (патентна кооперація). При ВОІВ створено Центр арбітражу і посередництва для вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності. Відповідно до Марракешського договору в 1995 р. заснована Світова організація торгівлі, яка впливає на правову охорону ПІВ через Угоду про торговельні аспекти права інтелектуальної власності (Угода TRIPS). Зазначена Угода передбачає правове регулювання таких сфер права інтелектуальної власності: 1) основоположні принципи торговельної системи та міжнародні угоди щодо інтелектуальної власності; 2) мінімальний рівень охорони прав інтелектуальної власності; 3) заходи щодо забезпечення цих положень; 4) порядок вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності; 5) перехідні заходи щодо період упровадження системи захисту.

Чеська Республіка як член ЄС забезпечує максимальну правову охорону інтелектуальної власності в рамках діяльності ВОІВ, СОТ. Стосовно Угоди TRIPS, то Чеська Республіка наразі не приєдналася до Лісабонської угоди щодо позначення походження та географічні зазначення. У 2015 р. був підписаний Женевський акт до Лісабонської угоди про позначення походження та географічні зазначення. Досі Женевський акт підписали 15 держав, але три ще не вступили в силу. Деякі держави-підписанти належать до держав, вже пов'язаних Лісабонським договором, інші – ні. Лісабонська угода могла би посприяти подоланню розриву між існуючими засобами захисту – запровадженням захисту географічних зазначень у країнах, що підписали, їх реєстрацією у міжнародному реєстрі, багатосторонніми заявками тощо²². Окрім цього, Чеська Республіка бере участь у більшості міжнародних угод у галузі інтелектуальної власності. Вона, зокрема, пов'язана Паризькою конвенцією про охорону промислової власності (1883), Бернською конвенцією про захист літературних та художніх творів (1886), Міжнародною конвенцією про захист нових сортів рослин (1961), Конвенцією про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності (1967), Угодою про патентне співробітництво (1970), Конвенцією про видачу європейських патентів (1973), Угодою про торгові аспекти прав інтелектуальної власності – TRIPS (1994), Договором про право на торговельні марки (1994), Договором про авторське право ВОІВ (1996), Угодою ВОІВ про виконання творів мистецтва та на фонограми (1996) та ін.

Однак щодо України стан справ дещо інакший. Тому тут є актуальними вимоги стосовно мінімального рівня охорони прав інтелектуальної власності, який визначається Угодою TRIPS, зокрема: 1) авторське право і суміжні права; 2) торговельні марки, включно і товарні знаки; 3) назви місць походження товарів, зокрема спиртних напоїв; 4) промислові зразки; 5) патенти, зокрема щодо ліцензійних договорів та деяких послаблень і винятків щодо фармацевтичних препаратів; 6) компонування (топографії) інтегральних схем; 7) захист конфіденційної інформації (комерційної таємниці і know-how); 8) контроль за недобросовісною конкуренцією у сфері ліцензійних договорів. Це – мінімальні стандарти, на які має орієнтуватися український законодавець у сфері інтелектуальної власності з урахуванням засад добросовісного виконання умов Угоди про асоціацію між ЄС та Україною.

Як пише професор Ю. Бошицький, особливість законодавства у сфері правової охорони авторського права і суміжних прав в Україні полягає в тому, що воно повинно відповідати міжнародним договорам, базуватися на дворівневому підході в регулюванні відносин у сфері інтелектуальної діяльності, свобода здійснення якої гарантується Конституцією України. Книга четверта Цивільного кодексу України «Право інтелектуальної власності» присвячена регулюванню договірних відносин у сфері інтелектуальної власності, однак зазначені відносини у цій сфері частково підпадають під регулювання також і норм Господарського, Кримінального, Митного, Бюджетного, Податкового кодексів України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, процесуальних кодексів, Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Спеціальне законодавство у сфері авторського права і суміжних прав становить понад 10 законів²³, зокрема це Закон України «Про авторське право і суміжні права» у редакції Закону № 2627-III від 11 липня 2001 р. (зі змінами), у сфері промислової власності Закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 р. № 3687-XII (зі змінами), «Про охорону прав на промислові зразки» від 15 грудня 1993 р. № 3688-XII (зі змінами), «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16 червня 1999 р. № 752-XIV (зі змінами), «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII

(зі змінами) тощо. Процедури визначені на рівні підзаконних нормативно-правових актів (яких існує понад 100), виданих Кабінетом Міністрів України та профільним міністерством.

Висновки. На зміст правовідносин, що впливають із авторського та суміжних прав у Чеській Республіці, впливає діюча юридична концепція авторського права, поняття автора твору, а також концепції застосування та розповсюдження окремих авторських прав, які належать автору. Українське законодавство у сфері інтелектуальної власності є більш формалізованим і казуальним (детальний перелік видів авторських творів із наведенням їх визначення у статті Закону «Про авторське право і суміжні права») порівняно із чеським, яке дає визначення у § 2 Закону № 121/2000 Sb. про авторські права поняття авторського твору у більш загальній формі.

Авторський твір згідно з чеським законодавством має бути унікальним, тобто оригінальним творінням автора, та виражений в об'єктивній сприйнятій формі. При цьому Закон про авторське право передбачає, що знищення речі, через яку виражений твір, не припиняє авторських прав на твір.

Як і чеське, так і українське законодавство однаковою мірою засвідчують виключні права автора як про творців твору і втрачають свою силу після його смерті. Потім майнові права тривають ще 70 років після смерті автора і є частиною спадщини автора. Що стосується суміжних прав, то правова охорона поширюється на 50 років після смерті автора.

У Європейському Союзі говорять про потребу або навіть необхідність змінити розуміння функцій авторського права. З урахуванням таких тенденцій та із прийняттям Нового цивільного кодексу було внесено новели у законодавство про інтелектуальну власність, чим вдалося забезпечити уніфікацію правового регулювання у Чехії умов надання ліцензій на захищені авторським правом та права промислової власності є запровадження більш простого та зручного способу ліцензування, а також посилення правової визначеності сторін за угодами. Це свідчить про те, що правова охорона авторського права і суміжних прав у Чехії на відміну від України акцентує увагу насамперед на її ефективності, віддаючи на розсуд визначенню окремих аспектів такого захисту у ліцензійних договорах.

¹ KUBŮ, L.; HUNGR, P.; OSINA, P. *Teorie práva*, str. 22 a násl.

² Pavlas R. *Průmyslové a autorské parvo: učební text*, VŠB – Technická univerzita Ostrava, 2012, 14.

³ Telec I., Tůma P. *Přehled práva duševního vlastnictví a jeho právní ochrany v České republice. Právní radce*, 2004, 2, III.

⁴ Право інтелектуальної власності: Акад. курс: підруч. для студ. вищих навч. закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. С. 115.

⁵ Zákon č. 121/2000 Sb. Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon). URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-121>

⁶ Telec I.; Tůma, P. *Autorský zákon. Komentář: I. Vydání*. Praha: C.H. Beck, 2007. S. 19.

⁷ KŘÍŤ J. a kol. *Autorský zákon. Komentář: VI. vydání*. Praha: Linde, 1998. S. 102.

⁸ Pavlas R. *Průmyslové a autorské parvo: učební text*, VŠB – Technická univerzita Ostrava, 2012, 37.

⁹ Telec I. *Tvůrčí práva duševního vlastnictví*. Brno: Doplněk, 1994. S. 81–87.

¹⁰ Telec I. *Autorský zákon. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 1997. S. 25.

¹¹ Šalomoun M. *Ochrana názvů, postav a příběhů uměleckých děl*. C.H. Beck, 2003. S. 15.

¹² Knap K. *Autorský zákon a předpisy související*. Praha: Linde, 1998. S. 15.

¹³ Pavlas R. *Průmyslové a autorské parvo: učební text*, VŠB – Technická univerzita Ostrava, 2012, 15.

¹⁴ Право інтелектуальної власності: Акад. курс: підруч. для студ. вищих навч. закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. С. 119; Сударков С.А. *Основы авторского права*. Минск: Амалфея, 2000. С. 102–103.

¹⁵ Šebelová M. 2006. *Autorské právo: zákon, komentáře, vzory a judikatura*. 1. vyd. Brno: Computer Press, 2006, 196.

¹⁶ Pavlas R. *Průmyslové a autorské parvo: učební text*, VŠB – Technická univerzita Ostrava, 2012, 44–45.

¹⁷ Zákon č. 89/2012 Sb. Zákon občanský zákoník. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>

¹⁸ Zákon 289/2013 Z. z., kterým sa mení a dopĺňa zákon č. 618/2003 Z. z., o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon), v znení neskorších predpisov, a ktorým sa mení zákon č. 212/1997 Z. z., o povinných výtlakoch periodických publikácií, neperiodických publikácií a rozmnoženiny audiovizuálnych diel, v znení neskorších predpisov, ktorý nadobudol účinnosť 1.11.2013.

¹⁹ Silvia Lattová. *Vyzvy ceskemu a Slovenskemu pravu v 21. storoci. Intellectual property law (Olomouc lawyers days 2014. International scientific conference – Palacky University in Olomouc, 14–15 May 2014)*. S. 6–7.

²⁰ Telec I., Tůma P. *Přehled práva duševního vlastnictví a jeho právní ochrany v České republice. Právní radce*, 2004, 2, II.

²¹ Скордамаль В. *Право інтелектуальної власності ЄС*. Київ: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2004. С. 12.

²² Michal Černý. *Ochrana označení původu a zeměpisných označení v mezinárodním kontextu. Právo duševního vlastnictví. připomínky a ex post úvahy (remarks & ex post reflections)*. Olomoucké právnické dny 2015 – olomouc lawyer days 2015. S. 14.

²³ Бошицький Ю.Л. *Інтелектуальна власність у сучасній Україні – актуальні питання модернізації та правового регулювання. Часопис Київського університету права.*, 2013. № 1. С. 215.

Резюме

Будка Р.В. Правова охорона авторських прав і суміжних прав у Чеській Республіці та досвід України.

Метою статті є визначення місця авторського права і суміжних прав у правовій системі Чеської Республіки, його співвідношення із наявною правовою доктриною та правом Європейського Союзу. Зроблено висновок, що на розвиток авторського права і суміжних прав Чеської Республіки впливають публічно-правові елементи, оскільки це кардинальним чином впливає на обсяг правової охорони права інтелектуальної власності загалом. Процес входження Чеської Республіки у Європейський Союз

викликав трансформації в авторському праві та суміжних правах, що вплинуло на правове регулювання об'єкта правової охорони, порядку укладання та виконання ліцензійних угод тощо. У Чехії запроваджено більш простий та зручний спосіб ліцензування, а також посилення правової визначеності сторін за цими угодами. Це свідчить про те, що правова охорона авторського права і суміжних прав у Чехії на відміну від України акцентує увагу насамперед на її ефективності, віддаючи на розсуд сторін визначення окремих аспектів такого захисту у ліцензійних договорах.

Ключові слова: авторське право, верховенство права ЄС, ліцензійні угоди, правова охорона, суміжні права, уніфікація права.

Резюме

Будка Р.В. Правовая охрана авторских прав и смежных прав в Чешской Республике и опыт Украины.

Целью статьи является определение места авторского права и смежных прав в правовой системе Чешской Республики, его соотношение с правовой доктриной и правом Европейского Союза. Сделан вывод, что на развитие авторского права и смежных прав Чешской Республики влияют публично-правовые элементы, поскольку это кардинальным образом влияет на объем правовой охраны интеллектуальной собственности в целом. Процесс вхождения Чехии в Европейский Союз вызвал трансформации в авторском праве и смежных правах страны, что повлияло на правовое регулирование объекта правовой охраны, порядка заключения и исполнения лицензионных соглашений и тому подобное. В Чехии введен более простой и удобный способ лицензирования, а также усиления правовой определенности сторон по этим сделкам. Это свидетельствует о том, что правовая охрана авторского права и смежных прав в Чехии в отличие от Украины акцентирует внимание прежде всего на ее эффективности, отдавая на усмотрение сторонам определение отдельных аспектов такой защиты в лицензионных договорах.

Ключевые слова: авторское право, верховенство права ЕС, лицензионные соглашения, правовая охрана, смежные права, унификация права.

Summary

Ruslan Boudka. Legal protection of copyright and related rights in the Czech Republic and the experience of Ukraine.

The aim of the article is to determine the place of copyright and related rights in the legal system of the Czech Republic, its relationship with the existing legal doctrine and the EU law. It is concluded that the development of copyright and related rights of the Czech Republic is influenced by public law elements, as it cardinally effects the scope of legal protection of intellectual property rights in general.

Ukrainian legislation in the field of intellectual property is more formalized and casual than the Czech one. Both Czech and Ukrainian legislation equally certify the exclusive rights of the author as the creators of the work and lose their force after his death. Then the property rights last for another 70 years after the death of the author and are part of the author's inheritance. As for related rights, the legal protection extends to 50 years after the death of the author.

The Czech Republic, as a member of the EU, provides maximum legal protection of intellectual property within the framework of WIPO and the WTO. The process of the Czech Republic's accession to the European Union caused transformations in copyright and related rights, which affected the legal regulation of the object of legal protection, the procedure for concluding and executing license agreements, etc. The Czech Republic has introduced a simpler and more convenient way of licensing, as well as strengthening the legal certainty of the parties to these agreements. This indicates that the legal protection of copyright and related rights in the Czech Republic, in contrast to Ukraine, focuses primarily on its effectiveness, giving discretion to the definition of certain aspects of such protection in licensing agreements.

Key words: copyright, supremacy of the EU law, licensing agreements, legal protection, related rights, unification of law.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.45

УДК 347.77

Ю.Ю. ВІШАР

*Юлія Юрїївна Вішар, аспірантка Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-7887-5072

ПРАВОВИЙ БЛОКЧЕЙН КВАЛІТАТИВНОГО ПАТЕНТУВАННЯ ОБ'ЄКТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЛІКАРСЬКІ ЗАСОБИ

Постановка проблеми. Протагоністична ідеологія глобалізованого збереження людського життя та здоров'я відображена в Конституції України (документ № 254к/96-ВР від 28 червня 1996 р.)¹, кодексах (зокрема, у Цивільному кодексі України (документ № 435-IV від 16 січня 2003 р.))², відтворена в імплементації міжнародно-правових актів у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби у вітчизняне законодавство, зокрема, у Законі України (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.) «Про лікарські засоби»³, у Законі України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (№ 2801-ХІІ від 19 листопада 1992 р.)⁴ та у підзаконних нормативних актах, прийнятих центральними органами виконавчої державної влади (зокрема, Міністерством охорони здоров'я України), задля здійснення державою своїх функцій за допомогою утворення та

© Ю.Ю. Вішар, 2020

* *Iuliia Vishar, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

видання органами державної влади законів, як сукупності чинних правових норм для регулювання й упорядкування суспільних відносин, – актуалізована в сучасних пандемічних умовах.

Тому в карантинному ланцюзі вірусно-бактеріального епідемічного кола наявність національних трансформаційних реформаторських процесів у фармацевтичній галузі, пов'язаних із європейською інтеграцією, віддзеркалені у новітніх нормативно-правових актах, таких як Закон України «Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закупаються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» від 17 березня 2020 р. за № 531-ІХ (чинність з 18 березня 2020 р.)⁵ та Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства» від 21 липня 2020 р. за № 816-ІХ (чинність з 16 серпня 2020 р.)⁶, недостатньо приділено уваги щодо встановлення додаткових вимог до якості й безпечності лікарських засобів, як об'єктів інтелектуальної власності.

Також, на думку автора, у вітчизняному законодавстві вбачається наявний дефіцит необхідних законодавчих заходів щодо дієвості механізмів боротьби з контрафактною та фальсифікованою фармацевтичною продукцією на етапі законотворчості та формування патентоспроможності ліків, базуючись на професійній аналітиці імплементованих міжнародних нормативних актів, враховуючи те, контрафактні та фальсифіковані лікарські засоби підривають державний авторитет та імідж системи охорони здоров'я, довіру суспільства до методів лікування, і, насамперед, є реальною загрозою для життя та здоров'я людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Визначально закладені постулати цивільно-правової сутності інтелектуальної власності як сфери правового регулювання суспільних відносин щодо виникнення, набуття, здійснення, охорони та захисту прав на результати творчої діяльності у цивілістичних дослідженнях таких вчених, як О.В. Басай, І.І. Дахно, Ю.М. Капіца, О.М. Мельник, П.Ф. Немеш, О.П. Орлюк, О.О. Підопригора, Г.О. Ульянова, Р.Б. Шишка, із розкриттям аспектів правової природи сучасних правових і організаційних механізмів уніфікації та гармонізації законодавства Європейського Співтовариства, доводять, що недостатньо приділено увагу питанню забезпечення належної охорони прав інтелектуальної власності.

Втім, у роботах відомих вчених деталізовано компетентний підхід до висвітлення проблем цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності в Україні – у понад 300 працях Ю.Л. Бошицького, де права інтелектуальної власності обґрунтовані, виходячи з поглиблення правової культури громадян як засобу оптимізації охорони інтелектуальної власності України до розкриття елементів стратегії інноваційних перспектив охорони інтелектуальної власності в Україні порівняно із правовими нормами міжнародного законодавства⁷; Ю.С. Шемшученка – від тлумачення поняття права інтелектуальної власності до складання методичних рекомендацій і викладення факторів удосконалення правової системи та сфери інтелектуальної власності в контексті потреб сталого розвитку України; як протиположності концепції «інтелектуального монополізму» та «інтелектуального протекціонізму», як концептуальне подання назрілого, на думку автора, формування підстав для утворення вітчизняної академії права інтелектуальної власності, що повинна бути базовою для національної законотворчості.

Принаймні, даний перелік проблем у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби, а саме: у детально проаналізованих науково-практичних дослідженнях інтелектуальної власності у фармацевтичній галузі, на протиположності досягненням медичної реформи в Україні, зокрема, у роботах таких вітчизняних вчених, як Г.О. Андрощука, про ускладнення наслідків патентної реформи та правової регуляторики у фармацевтичній галузі; Н.О. Артамонової, Н.М. Жданової, І.А. Кириченка, спрямованих на представлення особливостей біологічно активних сполук (далі – БАС), фармацевтичних композицій, найбільш виражену господарську незалежність патентів БАС, наявність патентного тролінгу й «вічнозелених патентів» у фармацевтичній галузі; 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 фармацевтичній галузі 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 завдань досліджуваної теми інтелектуальної власності на лікарські засоби, та появу правового хаосу внаслідок недостатньо налагодженого, недоопрацьованого вітчизняного законодавчого механізму урегулювання правовідносин і недосконале забезпечення охорони об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби у сучасному інформатизованому та інтелектуалізованому просторі⁸.

Формулювання мети статті. За мету даної статті обрано обґрунтований розгляд важливості застосування технологій кібербезпеки, зокрема технології Blockchain (Блокчейн) у національній сфері правової охорони інтелектуальної власності на лікарські засоби. Вважається, що варто дослідити, зокрема, на підставі положень Директиви 2011/62/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 8 червня 2011 р.⁹, фактичну наявність в Україні проблематики появи контрафактних та фальсифікованих ліків, як об'єктів інтелектуальної власності, у тісному причинно-наслідковому зв'язку із національними законотворчими недоліками, слабкою системою забезпечення адміністративно та кримінально-правового регулювання правовідносин на профілактичному етапі виникнення правопорушень.

Зважаючи на існування законодавчого дефолту у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби та враховуючи практичні результати процесуальних колізій, доречно розкрити правову природу характерної

трансформації міжнародно-правових актів, зокрема, Директиви 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 листопада 2001 р. «Про кодекс Спільноти відносно лікарських препаратів, призначених для застосування людьми»¹⁰, імплементованих у вітчизняну законотворчість інтелектуальної власності на лікарські засоби.

Також є насущним висвітлення необхідності понятійно-категорійного взаємозв'язку національних спеціалізованих та спеціальних нормативно-правових документів, де криється очевидна ймовірність закладення недоліків у визначеннях, неузгоджених із існуючим науковим змістом об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, про що свідчать положення Закону України «Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» від 17 березня 2020 р. за № 531-ІХ (чинність з 18 березня 2020 р.)¹¹ та, зокрема, підзаконних нормативно-правових актів.

До того ж, звернути увагу щодо патентування інтелектуального лікпродукту у площині змін, закріплених у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства» від 21 липня 2020 р. за № 816-ІХ (чинність з 16 серпня 2020 р.)¹², із закріпленням основних визначень винаходу (корисної моделі) та термінів патентного законодавства, строками та правами реєстрації винаходу (корисної моделі), правами та обов'язками суб'єктів прав на винаходи (корисні моделі).

Виклад основного матеріалу. З'ясовано, що найактуальніша проблема – наявність контрафактного та фальсифікованого фармацевтичного продукту на вітчизняному ринку, що може не тільки докорінно змінити, на думку автора, фактичний модуль використання об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби: ефективність/якість/безпека на необхідний безпека/якість/ефективність; а й розглянути питання безпеки для патентованих лікарських засобів як ключове.

Виходячи з того, що за п. 33 ст. 1 Титулу I «Визначення» Директиви 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 листопада 2001 р. «Про кодекс Спільноти відносно лікарських препаратів, призначених для застосування людьми»¹³, де фальсифікований лікарський препарат є будь-яким лікарським препаратом, що супроводжується неправдивими відомостями, а саме: (а) про його автентичність, включаючи його упаковку і маркування, його найменування або у складі будь-яких його інгредієнтів, включаючи допоміжні речовини і дозування таких інгредієнтів; (б) у його джерелі, включаючи виробника, країні його виробництва, країні походження або його власнику дозволу на продаж або (с) його історії, включаючи протоколи і документи, що стосуються використаних каналів реалізації; якщо не збігається ненавмисна невідповідність якості, що, власне, не зачіпає порушення прав інтелектуальної власності, – зазначимо, що у ст. 2 Закону України (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.) «Про лікарські засоби»¹⁴ – це умисно промаркований лікарський засіб, що не ідентично (невідповідно) відомостям (одній або кільком з них) про даний лікарський засіб з відповідною назвою, що внесений до Державного реєстру лікарських засобів України, та, так само, підроблений у інший спосіб і який не відповідає відомостям (одній або кільком з них), у тому числі складу про лікарський засіб з відповідною назвою, що внесені до Державного реєстру лікарських засобів України.

Тобто спрощене визначення у вітчизняному законодавстві, що зводиться до пошуку найменування запатентованого або генеричного лікарського засобу у Державному реєстрі лікарських засобів України, повинно вказати на автентичність зареєстрованому. Однак, якщо у 2009 р. в Україні було виявлено 230 тис. упаковок фальсифікованих лікарських засобів загальною вартістю 2 млн грн, у 2012 р. 1,5 млн упаковок загальною вартістю 55 млн грн, то на сьогоднішній день, за оцінками ВООЗ, де у визначенні фальсифікованого лікарського засобу зазначено невідповідність етикетки дійсному вмісту препарату та/або виробнику, – це кожна десята пігулка, що знаходиться в обігу на фармацевтичному ринку України.

При цьому набрання чинності 9 лютого 2019 р. Директиви 2011/62/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 8 червня 2011 р. про фальсифіковані ліки (Falsified Medicines Directive (FMD)), що цілеспрямована на посилення захисту пацієнтів у спосіб підвищення безпеки виробничого процесу із удосконаленими стандартами доставки лікарських засобів та застосування QR-кодів – на упаковках ліків, що у США почали розміщати на медичних препаратах з 2015 р., у Європі – з 2019 р., з вересня місяця якого повинно було проводитися дане маркування і в Україні, але перенесено на листопад 2020 р., та спеціального стікери контролю відкриття¹⁵, – не надає бажаних результатів щодо безпеки ліків на фармринку.

Також раніше задіяні технології захисту інтегрованих фармацевтичних логістичних ланцюгів щодо фармацевтичної продукції від фальсифікації, такі, як : RFID із отримуванням даних на всіх стадіях виробничого процесу, надходженням на аптечний склад, розміщенням, зберіганням, переміщенням, видачею і транспортуванням, в аптечних установах – система обліку, інвентаризації, контролю товарообігу та відстеження окремих упаковок в партії, визначенням їх походження шляхом пошуку у електронній реєстрації; двохмірний штрих-код (Aztec Code, Data Matrix, Maxi Code тощо) із кодуванням великого обсягу для ідентифікації; НАССР – із системою аналізу ризиків й управління критичними точками процесів; SFERA – із лазерним гравіюванням по склу на внутрішньому боці флакона; EPCIS – із безпечним надійним обміном інформацією про події фармацевтичного продукту протягом усього періоду від виробництва до отримання споживачем¹⁶ – вказують на наявність неконтрольованого зросту фальсифікату на фармацевтичному ринку, що завдає непоправної шкоди для іміджу лікарського засобу як об'єкта інтелектуальної власності та підтверджує відсутність єдиної, як національної, так і міжнародної стратегії боротьби із нагальною проблемою.

Тому зрозуміло, що, зокрема, у Законі України «Про внесення змін до статті 321¹ Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за фальсифікацію лікарських засобів або обіг фальсифікованих

лікарських засобів» від 12 листопада 2019 р. за № 284-IX¹⁷ встановлена кримінальна відповідальність, зосереджена на посиленні заходів покарання із подовженням і термінів ув'язнення за виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою реалізації або збуту завідомо фальсифікованих ліків; та, зокрема, у розпорядженні Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції реалізації державної політики щодо запобігання фальсифікації лікарських засобів та затвердження плану заходів з її реалізації» (3 квітня 2019 р. № 301-2019-р.)¹⁸ поступові впровадження маркування ліків контрольними (ідентифікаційними) знаками, єдина система проведення моніторингу обігу ліків і забезпечення перевірки кінцевим споживачем достовірної інформації про лікарський засіб тощо підтверджують неефективність правових механізмів запобігання фальсифікації, де мораторій на перевірку аптек з 2014 р. по 2017 р. взагалі є суперечливим показником прийняття адекватних правових рішень, враховуючи те, що контрафактні та фальсифіковані ліки сприяють формуванню стійкості до протимікробних препаратів та поширенню резистентних до них інфекцій.

Проте, на думку автора, варто звернути увагу на наявність контрафактної фармацевтичної продукції, так званих «білих» фальсифікатів, визначення яких вказує на невідповідність законодавству ЄС щодо патентних прав на зареєстровані товарні знаки, незаконне використання запатентованих лікарських засобів на фармацевтичному ринку, де міжнародна стратегія об'єднаних зусиль в утворенні ВООЗ Міжнародної цільової групи для боротьби з контрафакцією медичної продукції (ІМРАСТ)¹⁹, як з'ясувалося, також, не виявилася достатньо ефективною мірою. Тобто наявність фальсифікованих лікарських засобів, контрафактної фармацевтичної продукції, «сірого» імпорту ліків є фактична реальність нормативно-правової бази, механізми якої не працюють, що свідчить про необхідність правової діагностики на стадії профілактики із залученням аналітики причин, що сприяють появі вищезазначеної проблематики у законотворчості.

Так, досліджуючи перманентну статичність у вітчизняному законодавстві, якому притаманний бурхливий потік законопроектів останніх двох років, слід зазначити, що поява змін у цьогорічних Законах України, таких, як Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства» від 21 липня 2020 р. № 816-IX (чинність з 16 серпня 2020 р.)²⁰ визначення відповідно до абзацу 2 підпункту 1 пункту 1 об'єкта корисної моделі для ст. 460 Цивільного кодексу України (*Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 356) може бути пристрій або процес у будь-якій сфері технології, а для ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (*Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 37. Ст. 307 із наступними змінами), згідно з третім абзацом підпункту 1 пункту 2, визначення винаходу (корисної моделі) – як результат інтелектуальної, творчої діяльності людини в будь-якій сфері технології, то, згідно з абзацом 2 підпункту 5 пункту 2 зміни для ст. 6 викладено в даній редакції, а саме: «Об'єктом корисної моделі, правова охорона якій надається згідно з цим Законом, може бути пристрій або процес (спосіб)», а, відповідно «Об'єктом винаходу, правова охорона якому надається згідно з цим Законом, може бути продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо), процес (спосіб)» – провокує різне трактування об'єкта одного ж і того призначення із різними умовами патентоспроможності, додає дефініційної плутанини та накопичує правові колізії і законодавчі різночитання. При цьому інші країни обмежуються видачею патентів тільки на винахід, зокрема, в США, а решта країн об'єктом корисної моделі визнає тільки пристрій.

Разом із тим правовому урегулюванню використання інтелектуального лікпродукту не допомогли і правові засади захисту суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. за № 236/96-ВР із поточною редакцією від 11 грудня 2019 р. (підстава № 286-IX)²¹, де визначення недобросовісної конкуренції у ст. 1 глави 1 – це будь-які дії в конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності із браком чіткої системи відповідальності за неправомірне використання об'єкта інтелектуальної власності, суб'єкта господарювання, комерційної таємниці та пропозицією опори на складання правил професійної етики (ст. 33 глави 6).

Таким чином, спонукаючи до правової аналітики, автор акцентує на міжнародному досвіді щодо використання технології Blockchain/Блокчейн, яка, залишаючись експериментальною, здатна перетворити усталену послідовність дій та бізнес-процесів і радикально змінити роботу з регуляторами. Так, наприкінці травня 2020 р. фармацевтичний гігант Вауер сповістив про початок використання Блокчейну щодо контролю за поставками лікарських засобів, де розробник платформи компанія VeChain створила систему CSecure для відстеження клінічних препаратів у міру їх слідування низкою поставок із занесенням термінових міток та ідентифікаційної інформації користувача у Блокчейн²², що не дозволяє замінити інформацію в будь-якому разі.

Висновки. Зважаючи на вищевикладене, на думку автора, національні нормативно-правові акти повинні бути носіями вітчизняної правової ідеології. Тобто 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 в системі українського права на підставі його виділення зі складу цивільного права у самостійну галузь, в рамках авторської пропозиції, завершити розробкою відповідного Кодексу інтелектуальної власності з подальшим його солідаризованим впровадженням і адаптацією до діючих національних нормативно-правових актів щодо удосконалення вітчизняної системи права у даній сфері.

Досліджуючи засади фактичної присутності на вітчизняному фармринку фальсифікату та контрафакту, «білого» фальсифікату, ліків, яка є наслідком недосконалої системи контролю за обігом, охорони та захисту

лікарських засобів, як об'єктів інтелектуальної власності, необхідно вказати, що недбале ставлення до чіткості визначення понять і самих об'єктів інтелектуальної власності у спеціалізованому та спеціальному законодавстві є джерелом і породжує можливості для маніпулятивних правових дій, відтісняючи такі нагальні соціально-економічні проблеми, як «вічнозелені патенти», доступність ліків, реімбурсація лікарських засобів, патентний тролінг, паралельний «сірий» імпорт ліків, доклінічні та клінічні дослідження лікарських засобів тощо, у розряд другорядних.

До того ж, на думку автора, наявність законодавчого дефолту у фармацевтичній сфері, відсутність правової диференціації об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, неконтрольовані системи реалізації ліків шляхом глобальної інформаційної мережі Інтернет – магазинів із низьким рівнем захисту прав володільців патенту при зростанні фармацевтичного ринку та високою вартістю ліків, що сприяють створенню схематичного пошуку обходження законодавчих положень або відверто сформованим правопорушенням у фармацевтичній сфері, вказують, у рамках авторської пропозиції, на необхідність створення статистично-аналітичного центру для здійснення двобічного документального управління й регулювання охорони інтелектуальної власності на лікарські засоби та квалітативного національного законодавства і головне, впровадження системи контрольованого захисту даних щодо інтелектуального лікпродукту «ланцюговим блокуванням» за технологією Блокчейн, при цьому створивши ці дані більш доступними та прозорими для споживача, тим більш, що реформаторський час у медицині ще не вичерпаний, що дає змогу впроваджувати ноу-хау на етапі утворення нової вітчизняної медицини у фармацевтичному сегменті.

¹ Конституція України № 254к/96-ВР від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України (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 Верховної Ради України (ВВР)*. 2003. № № 40–44. Ст. 356 (редакція від 2.08.2018 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 Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 4.11.2018 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 Верховної Ради України (ВВР)*. 1993. № 4. Ст. 19 (редакція від 10.06.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

⁵ Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я: Закон України від 17.03.2020 р. № 531-IX (чинність з 18.03.2020 р.). *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2020. № 16. Ст. 101. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/531-20#Text>

⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства: Закон України від 21.07.2020 р. № 816-IX (чинність з 16.08.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/816-20#Text>

⁷ Бошицький Ю.Л. Поглиблення правової культури громадян як засіб оптимізації охорони інтелектуальної власності України. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 2. С. 300–306. URL: <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/issue/view/78>

⁸ Вішар Ю.Ю. Правова диференціація при вітчизняному законодавчому дефолті у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 2. С. 311–318. URL: <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/issue/view/78>

⁹ Про внесення змін до Директиви 2001/83 / ЄС щодо Кодексу Співтовариства, що стосується лікарських засобів для людського використання, стосовно запобігання вступу до законодавства ланцюгів постачання фальсифікованих лікарських засобів: директива 2011/62/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 8.06.2011 р. /*ОБ L 174, 1.7.2011, с. 74*. URL: <http://farmpalata.com.ua/novyny/zvit-komisiyi-do-yevropejskogo-parlamentu-ta-rady-pro-perenesennya-derzhavamy-chlenamy-statti-118a-dyrektyvy-2001-83-yes/>

¹⁰ Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для вживання людей: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6.11.2001 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

¹¹ Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я: Закон України від 17.03.2020 р. № 531-IX (чинність з 18.03.2020 р.). *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2020. № 16. Ст. 101. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/531-20#Text>

¹² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства: Закон України від 21.07.2020 р. № 816-IX (чинність з 16.08.2020 р.). *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/816-20#Text>

¹³ Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для вживання людей: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6.11.2001 р. (*ОБ L 311, 28.11.2001 р., с. 33, 1*). 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

¹⁴ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 4.04.1996 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 4.11.2018 р. (2519-VIII)). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

¹⁵ Радущький М.Б. Розміщення QR-коду на лікарських засобах: чи допоможе це побороти фальсифікат? *Interfax Ukraine*. 28.05.2020. URL: <https://www.google.com.ua/amp/s/ua.interfax.com.ua/news/blog/665283-amp.html>

¹⁶ Хромих А.Г. Актуальні аспекти захисту інтегрованих фармацевтичних логістичних ланцюгів від потрапляння фальсифікованої фармацевтичної продукції. *Український медичний альманах*. 2013. Т. 16. № 2. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Uma_2013_16_2_51.pdf

¹⁷ Про внесення змін до статті 321¹ Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за фальсифікацію лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів: Закон України від 12.11.2019 р. № 284-IX. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2020. № 2. Ст. 8. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/284-20>

¹⁸ Про схвалення Концепції реалізації державної політики щодо запобігання фальсифікації лікарських засобів та затвердження плану заходів з її реалізації: розпорядження Кабінету Міністрів України від 3.04.2019 р. № 301-2019-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/301-2019-p>

¹⁹ Андрощук Г.О. Директива ЄС про фальсифіковані ліки набрала чинності. *Юридична газета*. 26.02.2019. URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/medichne-pravo-farmaceutika/direktiva-es-pro-falsifikovani-liki-nabrала-chinnosti.html>

²⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства: Закон України від 21.07.2020 р. № 816-IX (чинність з 16.08.2020 р.). *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/816-20#Text>

²¹ Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 7.06.1996 р. № 236/96-ВР (поточна редакція від 11.12.2019 р., підстава 286-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-вр>

²² Bayer починає використовувати блокчейн щодо контролю поставок ліків. Zdrav. Expert. Медтех-портал. URL: <http://zdrav.expert/index.php/>

Резюме

Вишар Ю.Ю. Правовий Блокчейн квалітативного патентування об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби.

Стаття присвячена неупередженому розгляду впливу упущення чіткості чинного законодавства щодо інтелектуальної власності у фармацевтиці на утворення неповноцінних у юридичному сенсі, із охоронною та захисною безпорадністю, об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, що є проявом правової некомпетентності національних законодавців.

Вказано на недбале ставлення вітчизняних законодавців до невизначеності у змістовності вищевикладених змін до законів, які мають безпосередній вплив на визначення понять об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, що утворює деформовану нормативно-правову базу для патентування у даній сфері – підґрунтя для можливих правопорушень у вигляді патентного тролінгу, контрафактної фармацевтичної продукції, корупційних схем у медицині, недобросовісної конкуренції, фальсифікації ліків, тощо, де насамперед знівелюється забезпечення безпеки, якості й ефективності лікарських засобів.

Ключові слова: інтелектуальна власність, законодавчий дефолт, охорона прав, лікарські засоби, імплементація, патентування, комерціалізація, правова диференціація, фармацевтичний ринок, правовий Блокчейн, безпека.

Резюме

Вишар Ю.Ю. Правовой Блокчейн квалитативного патентования объектов интеллектуальной собственности на лекарственные средства.

Статья посвящена беспристрастному рассмотрению влияния упущения четкости действующего законодательства относительно интеллектуальной собственности в фармацевтике на образование неполноценных в юридическом смысле, с охранной и защитной беспомощностью, объектов интеллектуальной собственности на лекарственные средства, которые являются проявлением правовой некомпетентности национальных законодателей.

Указано на небрежное отношение отечественных законодателей к неопределенности в содержательности вышеизложенных изменений к законам, которые имеют непосредственное влияние на определение понятий объектов интеллектуальной собственности на лекарственные средства, что образует деформированную нормативно-правовую базу для патентования в данной сфере – почву для возможных правонарушений в виде патентного троллинга, контрафактной фармацевтической продукции, коррупционных схем в медицине, недобросовестной конкуренции, фальсификации лекарств и тому подобное, где, прежде всего, нивелируется обеспечение безопасности, качества и эффективности лекарственных средств.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, законодательный дефолт, охрана прав, лекарственные средства, имплементация, патентование, комерциализация, правовая дифференциация, фармацевтический рынок, правовой Блокчейн, безопасность.

Summary

Iuliia Vishar. Legal differentiation in the case of domestic legislative default in the field of intellectual property for medicines.

In this article, the author raises current issues regarding the formation of a national legal system in the field of intellectual property for medicines, which caused a legislative default, which, in the author's opinion, is determined by the lack of interaction of interconnected laws, which, ideally, should be interchangeable. Negative tendencies of modern law – making, which are manifested in the distinction of homogeneous in direction, single – sectoral laws with the introduction of formal changes that do not reflect the solution of the problem in the regulations of special legislation in the field of intellectual property for medicines. The author proposes to include in the list of normative legal acts a section of specialized legislation, in this study, – laws concerning medicines.

Also, analyzed on the example of the laws of special and specialized legislation, as an additional filter of the cumbersomeness of the system of legal regulation of intellectual property in the pharmaceutical industry in terms of the studied aspects. It is proved that it is appropriate to pay attention to the number of changes, the chronological indicator of their introduction, and the content of these changes, which indicate unjustified staticity, which will lead to collapse in legislation, will block legal regulation in the pharmaceutical industry. non-compliance of Ukrainian legislation with the EU legal system and will be the basis for legislative gaps that create opportunities for such offenses as counterfeit pharmaceuticals, drug counterfeiting, patent trolling, corruption schemes in medical institutions, etc.

In addition, the author proposed the distribution of regulations with changes in types and kinds, which confirmed the author's unbiased assumption about the formalization of the legislative process, and the obvious spontaneity and spontaneity in the creation of regulations on the content and objectives, in the form of laws with changes that have led to legislative accumulation, legal layering, where the laws are organizational in nature, not coordination. It should also be emphasized that legal differentiation is considered necessary, is the separation and specification of the regulatory framework, both for medicines, medical devices in the medical field, and intellectual property in civilization, with the spread of legislative influence of legal system elements on intellectual property.

Thus, given that the law, being the most stable normative – legal act, regulates the most important, significant, basic public relations, which are the competence of the country's parliament, given the above problems, the depth of which can not be deliberately ignored, it is believed that harmonization of national legislation with the legislation of the European Community – a process that affects the legal ideology and legal practice, possible under conditions of complete reset of the domestic legal system.

Key words: intellectual property, legislative default, protection of rights, medicines, implementation, patenting, commercialization, legal differentiation, pharmaceutical market, legal Blockchain, safety.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.46

УДК 347.77

І.І. КУЗЬМИЧ

Ірина Іванівна Кузьмич, аспірантка Київського
університету права НАН України*

ORCID: 0000-0001-5606-7165

ЗАКОНОДАВЧА КОНВЕРГЕНЦІЯ ЩОДО ПАТЕНТУВАННЯ ОБ'ЄКТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА БІОТЕХНОЛОГІЇ

Постановка проблеми. Вочевидь, що тенденції відтворення та створення цінностей сучасності свідчать про те, що інновації у сфері інтелектуальних біотехнологій – цілеспрямованого збереження, забезпечення та захисту здоров'я громадян є пріоритетним державним завданням національного рівня, відображеним у Конституції України (документ № 254к/96-ВР від 28 червня 1996 р.)¹, державних нормативно-правових актах, а саме: кодексах (зокрема, Цивільного кодексу України, Книга четверта (документ № 435-IV від 16 січня 2003 р.))², законах (зокрема, у Законі України «Про лікарські засоби» (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.)³, Законі України «Про охорону прав на сорти рослин» від 21 квітня 1993 р. за № 3116-ХІІ (редакція від 4 жовтня 2018 р., підстава 2530-VІІІ)⁴, Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 р. № 3687-ХІІ (редакція від 5 липня 2020 р., підстава 644 - ІХ)⁵, Законі України «Про охорону прав на промислові зразки» від 15 грудня 1993 р. за № 3688-ХІІ (редакція від 16 серпня 2020 р., підстава 815-ІХ)⁶, Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» від 15 грудня 1993 р. за № 3689-ХІІ (редакція від 16 серпня 2020 р., підстава 815 - ІХ)⁷, Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. за № 236/96-ВР (редакція від 11 грудня 2019 р., підстава 286-ІХ)⁸ та низці підзаконних нормативних актів, прийнятих центральними та галузевими органами виконавчої влади.

Однак на тлі біобезпеки, біотрансплантації, біоклонування, біороботизму, біотероризму, явищ, які вже стали повсякденністю у реальному житті, змін, внесених до національної нормативно-правової бази, де не врахована спеціалізована деталізація, екзистенціальність об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології замало. До того ж, імплементовані узагальнюючі вимоги у державних нормативно-правових актах спричинили відсутність чітких вказівок до використання і формування рекомендацій щодо регулювання прав інтелектуальної власності на біотехнології на галузевому рівні, конструюючи законодавчу декомпозицію нормативно-правової структури взаємодіючих законодавчих баз України та Європейського Союзу.

Зважаючи на унікальність, специфічність біотехнологічного об'єкта інтелектуальної власності, наявність таких понять, як біорізноманіття та належність біомедікаменту до головного державного стратегічного ресурсу, поява законодавчої конвергенції (зближення елементів та ознак патентоспроможності у незалежних одного від іншого винаходах, реплікуююче у спеціальному законодавстві – *прим. авт.*), патентування об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології відображаються у правовому причинно-наслідковому ланцюзі здійснених та можливих правопорушень і потребують невідкладності прийняття рішень із високим рівнем складності виниклої проблематики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зважаючи на важливість науково-теоретичних розробок досліджень моделей правового регулювання охорони та захисту прав інтелектуальної власності у працях представників академічної науки, таких, як Ю.Л. Бошицький⁹, М.М. Богуславський, М.К. Галянт, І.І. Дахно, В.А. Дозорцев, В.С. Дроб'язко, В.О. Жаров, В.Я. Йонас, О.С. Йоффе, А.О. Кодинець, В.М. Косак, О.В. Кохановська, О.М. Мельник, Н.М. Мироненко, О.П. Орлюк, О.А. Підпригора, М.П. Ринг, О.П. Сергеев, О.Д. Святоцький, К.А. Флейшиць, О.І. Харитонова, Г.Ф. Шершеневич, Ю.С. Шемшученко, Р.Б. Шишка, Л.С. Явич та інших; питань сучасного адміністративно-правового захисту інтелектуальної власності, досліджених О.М. Головковою, І.Г. Запорожцем, Н.О. Можаровською, Л.Т. Комзюком, Г.В. Корчевним, О.І. Никитенко, Ю.О. Тихомировим та іншими; проблематики кримінальної правоохоронної та правозахисної функції щодо інтелектуальної власності в роботах П.С. Берзіна та А.С. Нерсесяна, Н.О. Гурорової та М.І. Хавронюка й інших, варто зазначити, що наявна відсутність консолідації державної законотворчості із науковими надбаннями вчених у сфері інтелектуальної власності завдає непоправних втрат формуванню структурованого механізму національного законодавства¹⁰, що, відповідно, може заподіяти штучну бездієвість практичному впровадженню імплементованих нормативно-правових актів та у практичному використанні патентів.

Саме у галузевих напрямках застосування норм вітчизняного права інтелектуальної власності, зокрема, на біотехнології, віддзеркалюється ланцюговий ефект науково-законодавчого дефіциту. Так, звертаючи увагу

© І.І. Кузьмич, 2020

* *Iryna Kuzmych, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

на економічну змістовність об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології, враховуючи унікальність, специфічність, неоднорідність, екзистенціальність біотехнологій, як об'єктів інтелектуальної власності, у працях вітчизняних та зарубіжних науковців, а саме: Дж. Бартон, К. Ведовелло, Б. Карлсон, Л. Крачок, Р. Креспі, П. Респор, О. Слободян, Т. Швед, К. Фрімен, М. Холм, С. Якобсон та інших, вказано на деякі аспекти проблематики економічного та правового забезпечення розвитку біотехнологій, а у роботах таких дослідників, як І. Демченка, Є. Грекова, О. Кашинцевої, В. Муравйова, А. Олефіра, Д. Чибісова та інших¹¹ висвітлено аспекти взаємозв'язку регулювання прав інтелектуальної власності та охорони громадського здоров'я, що сприяє з'ясуванню понятійно-категорійного апарату щодо правового статусу і правозахисного регулювання сфери біотехнологій в Україні.

Втім, бракує концептуального докорінного наукового спеціалізованого підходу до дослідження етимології біотехнологій як об'єктів інтелектуальної власності, їх складової, що викликає класифікаційну мутацію, лабільності, яка впливає на автентичність біомедіцинського продукту, спричиняє індивідуальну мінливість і оманливість у правовій векторності оцінки патентоспроможності та низку факторів, що породжують проблеми використання норм національної системи права із уповільненою апроксимацією законодавств України та Європейського Союзу.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є виявлення ознак вітчизняної законодавчої кризи у сфері інтелектуальної власності на біотехнології, охарактеризування індивідуальних відмінностей та специфічних особливостей біотехнологій, підтверджуючих екзистенціальність біопатентів, впливу нестабільності, варіабельності біосимілярів на визначення патентоспроможності об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології.

Також, на думку автора, доречно порушити питання щодо необхідності удосконалення системно-ієрархічної структури джерел права, зокрема, на прикладі взаємодії таких нормативно-правових актів, як Наставна СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2016 «Лікарські засоби. Належна виробнича практика», затверджена Наказом МОЗ України від 29 липня 2016 р. за № 798¹², відповідно до ст. 4 Закону України «Про лікарські засоби» (№ 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р.)¹³ пп. 10 п. 4 Положення про Міністерство охорони здоров'я України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 березня 2015 р. за № 267¹⁴, яка відповідає документу «The Rules Governing Medicinal Products in the European Union. Volume 4. EU Guidelines to Good Manufacturing Practice Medicinal Products for Human and Veterinary Use»¹⁵ («Правила, що регулюють лікарські засоби в Європейському Союзі. Том 4. Європейські правила з належної виробничої практики лікарських засобів для людини та застосування у ветеринарії»).

Безперечно, необхідно вказати на відсутність взаємозв'язку положень у спеціалізованих вищезазначених нормативно-правових актах (зокрема, Закон України «Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» від 17 березня 2020 р. за № 531-ІХ, чинність з 18 березня 2020 р.)¹⁶ та підзаконної нормативної бази (зокрема, наказ МОН України «Про затвердження Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель» від 22 січня 2001 р. за № 22, реєстрація у Мін'юсті України 27 лютого 2001 р. № 173/5364¹⁷; Наставна СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2016 «Лікарські засоби. Належна виробнича практика», затверджена Наказом МОЗ України від 29 липня 2016 р. за № 798)¹⁸ із спеціальною (щодо інтелектуальної власності) нормативно-правовою базою (зокрема, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства» від 21 липня 2020 р. за № 816-ІХ, чинність з 16 серпня 2020 р.)¹⁹, що вважається логічним продовженням законодавчого упорядкування вітчизняної правової системи у сфері інтелектуальної власності на біотехнології із відповідними вимогами до патентування біотехнологій для отримання результативного механізму охорони та захисту патентних прав, у даному випадку, ще на стадії клінічних досліджень майбутнього об'єкта.

Разом із тим варто висвітлити нагальну проблему питання невідповідності часу чинних положень національного законодавства щодо урегулювання прав біотехнологічної інтелектуальної власності на такі об'єкти інтелектуальної власності, як біороботи та відсутності законодавчого інструментарію для правового врегулювання взаємовідносин при використанні чи застосуванні таких понять, як біоклонування, біотероризм, тому що поняття існують, а правових регуляторних механізмів не вистачає.

Виклад основного матеріалу. Виходячи із визначення терміна «біотехнологічний процес» (біопроект), який стосується використання клітин чи організмів, отриманих або модифікованих за допомогою технології рекомбінантної дезоксирибонуклеїнової кислоти (далі – ДНК), гібридної чи іншої технології з метою виробництва активних фармацевтичних інгредієнтів (далі – АФІ), виготовлених, в свою чергу, за допомогою біотехнологічних процесів із високомолекулярних субстанцій – білків та поліпептидів, вказаного в п. 18.11 Частини 2 «Основні вимоги щодо діючих речовин, використовуваних як вихідна речовина» Настанови СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2016 «Лікарські засоби. Належна виробнича практика», затвердженої Наказом МОЗ України від 29 липня 2016 р. за № 798²⁰, необхідно зазначити, що ускладненість процесу, який виходить один із другого незв'язаними, нестабільних субстанцій, практично унеможливило підконтрольність цих процесів щодо копіювання. Тим самим підтверджуючи унікальність сутності біотехнологій та необхідність виокремлення їх, як об'єктів інтелектуальної власності в окрему самостійну галузь із державним контролем, винятковим спеціалізованим методом визначення патентоспроможності та особливим призначенням процедури й форми патентування.

Так, згідно з п. 2.1 «Застосування концепції «біологічно подібних лікарських засобів» розділу 2 «Основні принципи» методичних рекомендацій «Загальні принципи доклінічних та клінічних досліджень біологічно подібних лікарських засобів, які містять в якості активної субстанції білки, що отримані за допомогою біотехнологій», розроблених Українським центром наукової медичної інформації та патентно-ліцензійної роботи ДП «Державний експертний центр Міністерства охорони здоров'я України» і узгоджених Управлінням лікарських засобів та медичної продукції МОЗ України ще 25 вересня 2012 р., вказано на існування спектру складності молекул (рекомбінантна ДНК, засоби, одержані з крові або плазми, імунологічні засоби, засоби для генної та клітинної терапії тощо) та можливість зміни параметрів, таких, як тривимірна структура, кількість кислотно-основних варіант або післятрансляційних модифікацій, таких як профіль глікозилування, значною мірою змінених внаслідок змін, які спочатку можуть вважатися «незначними» в процесі виробництва, що ставить профіль безпечності-ефективності у пряму залежність від стійкості і моніторингу аспектів якості цих лікарських засобів²¹.

Тому зрозуміло, чому демонстрація біоеквівалентності з використанням лікарського засобу порівняння шляхом проведення відповідних досліджень біологічної доступності з стандартним генеричним підходом може застосовуватися тільки щодо лікарських засобів²², отриманих хімічним шляхом, а через комплексність біологічних лікарських засобів, тобто лікарських засобів, одержаних шляхом біотехнологій, такий генеричний підхід є неприйнятним з наукової точки зору, і в цьому випадку слід використовувати концепцію «біологічно подібного лікарського засобу», що застосовується до високоочищених лікарських засобів, яким можна дати повну характеристику²².

Виходячи із вищезазначеного, відтворені біологічні лікарські засоби, одержані за допомогою біотехнологій, що можуть бути дозволені до медичного застосування після завершення терміну дії патенту на оригінальну активну речовину (патентного захисту оригінального препарату), які називають біосимілярами, за своїм визначенням не є генеричними лікарськими засобами з наукової точки зору, оскільки існуючі відмінності між біологічно подібними лікарськими засобами, виготовленими за власною програмою розробки різними виробниками та відмінності від лікарських засобів порівняння, що підтверджуються тільки при накопиченні досвіду в їх застосуванні, є очевидний факт.

Доречно звернутися і до наказу МОН України «Про затвердження Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель» від 22 січня 2001 р. за № 22, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 27 лютого 2001 р. за № 173/5364, де у п. 12 «Особливості змісту заявки на винахід щодо штаму мікроорганізму, культури клітин рослин і тварин» із перелічених суттєвих ознак із специфічними характеристиками, такими, як: культурально-морфологічні, фізіолого-біохімічні, хемо- та генотаксономічні, каріологічні, біотехнологічні, маркерні (генетичні, антигенні, біохімічні, фізіологічні), характеристики батьківських штамів (партнерів), принципу гібридизації (для штамів гібридних мікроорганізмів), вірулентність, антигенну структуру, імуногенність, онкогенність, серологічні особливості, антагоністичні властивості (для штамів мікроорганізмів медичного та ветеринарного призначення), чутливість до антибіотиків тощо, які використовують для ідентифікації індивідуальних штамів мікроорганізмів, заявник, як фахівець даної галузі, самостійно здійснює відбір необхідних і достатніх ознак. На випадок неможливості та/або небажання розкриття способу одержання штаму²³ даним пунктом передбачено надання відомостей про депонування в офіційній колекції – депозитарії заявленого штаму (п. п. 12.2.3.–12.2.5), причому обсяг прав, які надаються патентом, зумовлений сукупністю суттєвих ознак винаходу – формулою винаходу, достатніх для досягнення заявником технічного результату щодо вираження суті винаходу (п. п. 7.1.1., 7.1.3.).

Разом з тим пошукові реалії пандемічної вакцинації, при врахуванні особливостей варіабельності та нестабільності штамів вірусів, що наявно продемонструвало унікальність біотехнологій, де основна кількість технологічного застосування побудована на використанні штамів мікроорганізмів, недостатньо приділено уваги вітчизняними законодавцями своєрідності біотехнологій як об'єктів інтелектуальної власності, принаймні, у законодавчих новелах, таких як спеціалізованого призначення, зокрема, у Законі України «Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закупаються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» від 17 березня 2020 р. за № 531-IX, (чинність з 18 березня 2020 р.).

Цілком виправдано, що у зв'язку з вітчизняною медичною реформою порушено достатньо організаційних питань щодо доступності й закупівель лікарських засобів, і об'єктам інтелектуальної власності, у тому числі, біотехнологічним лікарським засобам, встановлення порядку контролю модуля якості/ефективності – пріоритетне. Втім, модуль безпеки, як наслідок утримання якості і ефективності, є недоопрацьованим у спеціальному законодавстві, зокрема, у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства» від 21 липня 2020 р. за № 816-IX, (чинність з 16 серпня 2020 р.), де зміни поглинули реформаторські перетворення, зосередження, які мали бути якнайменше 10 років тому на визначеннях об'єктів та прийнятті рішень щодо надання прав на охорону, базуючись лише на законопроектах, що виникли на підставі однобоких цілей і висновків, віддалених від юридичної практики і результатів наукових дебатів.

Так, визначення згідно з абзацом 2 підпункту 5 пункту 2 об'єкта винаходу для ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (Відомості Верховної Ради України. 2000. № 37. Ст. 307 із наступними змінами) викладено у даній редакції, а саме: «Об'єктом винаходу, правова охорона якому надається згідно з цим Законом, може бути продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин

рослини і тварини тощо), процес (спосіб)», що суттєво ускладнює розуміння відміни правової охорони згідно з підпункту 3 пункту 2 для сортів рослин і порід тварин; біологічних у своїй основі процесів відтворення рослин і тварин, що не належать до небіологічних та мікробіологічних процесів, а також продуктів таких процесів; продукту або процесу, який стосується природного біологічного матеріалу, не відокремленого від свого природного середовища, або що не є продуктом технічного процесу; процесів клонування людини тощо. Більше того, у зв'язку з тим, що нанотехнології, які перетинаються із біотехнологіями, ліквідуючи межу між наукою і технологією, де наукові знання є загальним надбанням, а технологія належить, як правило одній та/або декількома особам, спірним питанням є надмірне патентування нанотехнологічних інновацій, як і врегулювання досліджень стовбурових клітин та клонування, яке має крайні розбіжності у використанні людських ембріонів в експериментальних цілях у силу етичних, філософських та релігійних причин.

Зважаючи на наявність таких понять, як біобезпека, Європейське Співтовариство має цілу низку міжнародно-правових актів²⁴, що сформувало сегментарну низку в законодавстві для захисту населення від потенційної загрози, яку можуть викликати біотехнологічні продукти (канцерогени, мутагени, генномодифіковані організми та мікроорганізми тощо). Крім того, Єврорадою було удосконалено «Загальну позицію» щодо збереження суспільного здоров'я від загрози міжнародного, біологічного, хімічного, ядерного тероризму, де СОМ 2003/320/Final є документом про оцінку спроможності існуючих режимів у Європейському Співтоваристві боротися із біотероризмом з метою забезпечення безпеки харчових продуктів, води, тварин і рослин та посилення співробітництва між державами для ефективної відсічі біологічних та хімічних атак.

До того ж, з липня 2015 р. 10 послужливих гуманоїдів у Нагасакі, Японія, виконують роботу у п'яти-зірковому отелі Henn-na Hotel людського персоналу, у 2016 р. штучний інтелект обіграв людину, найсильнішого гравця у го, у 2017 р. штучний інтелект обіграв професійних гравців у покер, у 2018 р. додатки, пов'язані із нейронними мережами, чіпи, зорієнтовані на обчислювальні завдання штучного інтелекту, та роботи у медицині, – всі події, що вже відбулися, вказують на важливість і цінність своєчасного утворення релевантного регуляторного законодавства у сфері інтелектуальної власності на біотехнології.

Висновки. Виходячи з вищевикладеного, необхідно підкреслити, що недостатньо досягнути врегулювання, імплементуючи велетенський досвід міжнародної нормативно-правової бази у створенні структурного законодавства, у тому числі міжнародну юридичну практику («положення Болар» тощо), додавши титанічний крок вітчизняного законодавства до апроксимації вітчизняного законодавства із законодавством Європейського Співтовариства.

Насамперед вітчизняній нормативно-правовій базі, яка деякий час знаходилась у законодавчому анабіозі і спричинила законодавчу конвергенцію, потрібне перезавантаження з урахуванням етнічних відмінностей на підставі ґрунтовного професійного вивчення міжнародного правового практичного досвіду, частково закладеного у нормативно-правових актах Європейського Співтовариства на рівні спеціалізації, а не створення невдалої імплементативної реплікації із постфактумною правовою діагностикою.

Також необхідно зазначити, що правова декомпозиція довершена недосконалою системно-ієрархічною структурою джерел права, із нечітко вираженою термінологією у визначеннях як об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології, так і критеріїв патентоспроможності біотехнологічного інтелектуального продукту із-за своєрідності його характеристики, що породжує різночитання законодавчих положень і правову імпотенцію ще на стадії клінічних випробувань майбутнього об'єкта інтелектуальної власності.

Показово, на думку автора, що актуальна, в рамках авторської пропозиції, патентна токенизація на біотехнологічні об'єкти інтелектуальної власності і попереджальні міжнародні інтелектуальні біотехнологічні впровадження доводять необхідність перегляду низки спеціального вітчизняного законодавства щодо нормативно-правового врегулювання інноваційних інтелектуальних продуктів, таких, як штучний інтелект, вже існуючих, для використання на внутрішньому, вітчизняному ринку, враховуючи закони моралі.

¹ Конституція України № 254к/96-ВР від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України (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 Верховної Ради України (ВВР)*. 2003. № № 40–44. Ст. 356 (редакція від 2.08.2018 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

³ Про лікарські засоби : Закон України № 123/96-ВР від 4.04.1996 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція від 4.11.2018 р. (2519-VIII)). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

⁴ Про охорону прав на сорти рослин: Закон України від 21.04.1993 р. № 3116-XII (поточна редакція 4.10.2018 р., підстава 2530-VI). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3116-12>

⁵ Про охорону прав на винаходи (корисні моделі): Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-XII (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI), п. 2, ст. 6, Розділ II. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/3687-12>

⁶ Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 23.12.1993 р. № 3688-XII (поточна редакція 16.08.2020 р., підстава 815-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>

⁷ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 23.12.1993 р. № 3689-XII (поточна редакція 16.08.2020, підстава 815-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>

⁸ Про захист від недобросовісної конкуренції Закон України від 07.06.1996 р. № 236/96-ВР (поточна редакція 11.12.2019 р., підстава 286-IX). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-вр>

⁹ Бошицький Ю.Л. Актуальні напрями співробітництва ВОІВ із органами влади в Україні в сфері інтелектуальної власності. *Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі*: зб. матеріалів Міжнародної наук.-практ. конференції 25–26.10.2016 р. / НАН України; Київський університет права; редкол. Ю.Л. Бошицький, Ф. Гарі,

М. Швантнер та ін. Львів: Галицька видавнича спілка, 2016. С. 10–15. URL: <http://kul.kiev.ua/perelik-prac/spisok-naukovih-prac-kandidata-juridichnih-nauk-profesora-boshickogo-jurija-ladislavovicha.html>

¹⁰ Кузьмич І.І. Правовий статус класифікаційної мутації біомедіаментпродукту. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 2. С. 322–330. URL: <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/issue/view/78>

¹¹ Олефір А.О. До проблеми правової охорони біотехнологій. *Теорія і практика інтелектуальної власності* : наук.-практ. журн. / Н.-д. ін-т інтелектуальної власності Нац. акад. прав. наук України. ISSN 2308-0361. Київ, 2015. № 1, 71–83 с. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Triv_2015_1_10

¹² Настанова СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2016 Лікарські засоби. Належна виробнича практика, затверджена Наказом МОЗ України від 29.07.2016 р. № 798. URL: http://aipm.org.ua/wp-content/uploads/2016/08/GMP_42-4.0_2016.pdf

¹³ Про лікарські засоби: Закон України № 123/96-ВР від 4.04.1996 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція 4.11.2018 р. (2519-VIII)). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

¹⁴ Положення про Міністерство охорони здоров'я України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 25.03.2015 р. № 267. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/267-2015-п>

¹⁵ The Rules Governing Medicinal Products in the European Union. Volume 4. EU Guidelines to Good Manufacturing Practice Medicinal Products for Human and Veterinary Use. *Правила, що регулюють лікарські засоби в Європейському Союзі. Т. 4: Європейські правила з належної виробничої практики лікарських засобів для людини та застосування у ветеринарії*. URL: https://ec.europa.eu/health/documents/eudralex/vol-4_en

¹⁶ Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я: Закон України від 17.03.2020 р. № 531-IX (чинність з 18.03.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/531-20#Text>

¹⁷ Про затвердження Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель: наказ МОН України від 22.01.2001 р. № 22 (редакція 25.07.2011 р., підстава з0811-11). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0173-01>

¹⁸ Настанова СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2016 Лікарські засоби. Належна виробнича практика / затверджена Наказом МОЗ України від 29.07.2016 р. № 798. URL: http://aipm.org.ua/wp-content/uploads/2016/08/GMP_42-4.0_2016.pdf

¹⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства: Закон України від 21.07.2020 р. № 816-IX (чинність з 16.08.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/816-20#Text>

²⁰ Настанова СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2016 Лікарські засоби. Належна виробнича практика (затверджена Наказом МОЗ України від 29.07.2016 р. № 798). URL: http://aipm.org.ua/wp-content/uploads/2016/08/GMP_42-4.0_2016.pdf

²¹ Загальні принципи доклінічних та клінічних досліджень біологічно подібних лікарських засобів, які містять в якості активної субстанції білки, що отримані за допомогою біотехнологій. Методичні рекомендації / Український центр наукової медичної інформації та патентно-ліцензійної роботи. ДП Державний експертний центр Міністерства охорони здоров'я України / узгоджено Управлінням лікарських засобів та медичної продукції МОЗ України 25.09.2012 р. URL: <https://www.dec.gov.ua/materials/metodichni-rekomendaczi-shhodo-provedennya-doklinichnih-ta-klinichnih-viprobuvan/>

²² Літвінова О.В. Особливості біосимілярів як об'єкта інтелектуальної власності. *Фармацевтичний журнал*. 2015. № 3. С. 93–98. URL: <https://nuph.edu.ua/wp-content/uploads/2015/06/Дисертація-ЛітвіноваОдотки-.pdf>

²³ Гаврилей Л.М. Мікроорганізми як об'єкти винаходу *Інформація для фахівців у галузі біотехнології*. 19.08.2018 р. *Юридичний портал «Протокол»*. URL: [https://protocol.ua/ua/mikroorganizmi_yak_ob_ekti_vinahodu_\(informatsiya_dlya_fahivtsiv_u_galuzi_biotehnologii\)](https://protocol.ua/ua/mikroorganizmi_yak_ob_ekti_vinahodu_(informatsiya_dlya_fahivtsiv_u_galuzi_biotehnologii))

²⁴ Директива Європейського Парламенту та Ради ЄС 2001/83/ЄС із змінами технічних вимог, викладених в статтях Європейської Фармакопеї та додаткових вимог, встановлених у відповідних рекомендаціях Комітету CHMP і ICH. URL: https://moz.gov.ua/uploads/0/350-ebird_project_final_report_ukr_2016_11_30.pdf

Резюме

Кузьмич І.І. Законодавча конвергенція щодо патентування об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології.

У рамках даної статті представлено розгляд чинного класичного законодавства у площині правової інноваційної моделі із врахуванням ознак законодавчого дефолту та законодавчої конвергенції при відсутності судової практики, із пропозицією щодо переважання вітчизняної законодавчої системи у сфері інтелектуальної власності на біотехнології, стратегічно надважливої для держави.

Окреслено проблематику національної правової системи у сфері інтелектуальної власності на біотехнології, перспективи, зважаючи на появу принципово нових об'єктів інтелектуальної власності, породжених біотрансплантологією, біоклонуванням та біороботизацією, щодо визначення правового статусу даних об'єктів.

Досліджено, що якісне забезпечення охорони та захисту об'єктів інтелектуальної власності полягає у розробці релевантної законодавчої процедури на вузькоспеціалізованому компетентному підґрунті із врахуванням постійної динамічності та інноваційної інтелектуальної ексклюзивності.

Ключові слова: об'єкти інтелектуальної власності, законодавча конвергенція, біотехнології, біопатентування, депонування штаблів, біосиміляри, біоклонування, біороботи.

Резюме

Кузьмич И.И. Законодательная конвергенция о патентовании объектов интеллектуальной собственности на биотехнологии.

В рамках данной статьи представлено рассмотрение действующего классического законодательства в плоскости правовой инновационной модели с учетом признаков законодательного дефолта и законодательной конвергенции при отсутствии судебной практики, с предложением относительно перезагрузки отечественной законодательной системы в сфере интеллектуальной собственности на биотехнологии, стратегически сверхважной для государства.

Очерчена проблематика национальной правовой системы в сфере интеллектуальной собственности на биотехнологии перспективы, принимая во внимание появление принципиально новых объектов интеллектуальной собственности, порожден-

них биотрансплантологией, биоклонированием и биороботизацией, относительно определения правового статуса данных объектов.

Исследовано, що качественне забезпечення охорони і захисту об'єктів інтелектуальної власності заключається в розробці релевантної законодавчої процедури на узкоспеціалізованій компетентній почві з урахування постійної динамічної і інноваційної інтелектуальної ексклюзивності.

Ключевые слова: об'єкти інтелектуальної власності, законодавча конвергенція, біотехнології, біопатентування, депонування штамів, біосиміляри, біоклонування, біороботи.

Summary

Iryna Kuzmich. Legislative convergence on patenting of intellectual property on biotechnology.

Combining the results of intellectual activity in a single biotechnology and the formation of a set of property (exclusive) intellectual patent rights to such technology, lead to a comprehensive expansion of the sectoral use of biotechnology: food and agricultural, drugs and industrial products, drugs, diagnostics and reagents, environmental, biological, resource and practical; – from microorganisms to artificial intelligence with obtaining high liquidity of biotechnological products, the main motive of unfair competition.

First of all, there is a need to reveal the uniqueness of biotechnology as an object of intellectual property, therefore, on the example of biosimilars proved that biotechnological drugs – substances of protein nature, which are fundamentally different from conventional synthetic drugs, both in structure and technology production. Therefore, the creation of similar drugs, so-called biosimilars, requires the formation and application of new thinking, abandonment of “generic” habits, with new highly qualified personnel in the field of biotechnology to study biosimilarity (biosimilarity), with a special approach to development, research, production control and taking into account when granting patentability to intellectual property objects on biotechnology.

Undoubtedly, this study proved that intellectual property on biotechnology has properties and natural ability that cause individual variability in composition and content, respectively, which actually confirms the inauthenticity of other intellectual property, outlines the prospects for the separation of biotechnology into an independent legal field. with the use, according to the author, within its own proposal, strengthening measures to protect intellectual biotechnological information, in such a way as legal tokenization.

Thus, a legislative space is created, where international legal acts are of a recommendatory nature in ensuring the protection of intellectual property rights, in particular, in biotechnology, while, taking into account the above specificity, legal existentiality of biopatents, where the law must be important in content information, to be an instruction for clear actions in the context of the transformation of legal regulation in this area, is an unacceptable incompetence in national legislation, which leads to the so-called legislative default and legislative convergence.

Also, issues related to the use of intellectual property innovations in biotechnology in the form of transplantation, cloning, robotics, which entail legal and socio – ethical obligation and urgency of the model and structure of legal regulation to determine the legal status of these intellectual property. In addition, the indicators of chronological dynamics are reflected and the obvious aspects of the unfinished legal framework are indicated, the consequences of deep transformational transformations are exposed, with the prevention of transition from chaotic lawmaking to legal collapse in case of inaction, incompetence and untimely solution of accumulated legislative problems.

Key words: intellectual property, legislative convergence, biotechnology, bio-patenting, strain disposal, biosimilars, biocloning, biorobots.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.47

УДК 347.2

Є.А. ТИМОШЕНКО

*Єлизавета Анатоліївна Тимошенко, асистент кафедри Вінницького національного аграрного університету**

ORCID: 0000-0001-6852-6242

ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА ВІРТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК ОБ'ЄКТА ПРАВОВІДНОСИН

Постановка проблеми. В умовах розвитку інформаційного суспільства спостерігається розширення традиційного кола об'єктів цивільних правовідносин за рахунок так званих «віртуальних речей», внаслідок чого виникають питання теоретичного та практичного характеру, які потребують додаткового дослідження. Існує проблема трансформації об'єктів права власності у зв'язку із розвитком інформаційних технологій та як наслідок – відсутність належних і реальних гарантій суб'єктивних прав власників. Все більшого значення набуває феномен віртуалізації власності, коли об'єкти існують не реально, а у нематеріальному, позареальному світі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичною основою дослідження є наукові роботи таких учених, як Р. Еннан, К.Г. Некіт, В.Г. Пилипчук, А.І. Савельєв, В.М. Селіванов, В.А. Федоров, Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова, В.С. Цимбалюк, М.В. Якушева, О.С. Яворська.

© Є.А. Тимошенко, 2020

* *Yelizaveta Tymoshenko, Assistant of department of Vinnitsia National Agrarian University*

Формулювання мети статті. Метою даної статті є комплексне дослідження теоретичних і практичних проблем визначення об'єктів віртуальної власності в інформаційному суспільстві. А також порівняння прав віртуальної та інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Останнім часом термін «інформаційне суспільство» активно входить в сферу вивчення юристів, які формують власне його бачення та розуміння, визначають межі. Це поняття покликане зобразити об'єктивну тенденцію нового етапу еволюції цивілізації, пов'язаного з появою інформаційних і телекомунікаційних технологій, нових потреб та нового способу життя. Інформаційне суспільство приходить на зміну індустріальній добі і формує перелік нових цінностей у повсякденному житті сучасної людини, є одним із етапів постіндустріального періоду, і прослідковується не як явище, що вже відбулося, а як активний процес, пов'язаний із різними сферами життєдіяльності людства¹.

Сьогодні природу інформаційного суспільства розуміють як: колективний інтелект, колективний розум, системну властивість сукупності індивідуальних розумів людей, колективна пам'ять, колективне рішення тощо. Головною ознакою виступають обмін інформацією, здатність її використовувати, обмінюватися нею тощо.

З одного боку, процес формування інформаційного суспільства є одним із елементів більш обсягового явища – глобалізації, з іншого – цей процес у різних державах відбувається різними темпами. Потенціал суспільства на цьому етапі визначається не лише рівнем розвитку інформаційних та медіа-структур, а й рівнем розвитку інформаційної культури в суспільстві. У цих умовах з'являються нові суб'єкти та об'єкти права власності. Такими потенційними суб'єктами відносин можуть стати штучний інтелект (роботи) та віртуальні організації. До об'єктів права власності у віртуальному середовищі належать комп'ютерні програми, бази даних, вебсайти, мультимедія, твори мережевого мистецтва, доменні імена, цифровий контент, тобто інформаційне наповнення простору в Інтернеті (як опублікований твір у цифровій формі, так і будь-яка інша інформація: цифрова музика, потокова демонстрація відео, комп'ютерні ігри).

Слід розпочати з визначення легального поняття доменного імені, яке міститься у кількох нормативних актах.

Так, поняття домену визначено у ст. 1 Закону України «Про телекомунікації», відповідно до якої домен – це частина ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», доменне ім'я – це ім'я, яке використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті. Отже, чинне законодавство не містить єдиного підходу до розуміння цих термінів і недостатньо детально регулює цю сферу відносин, що породжує проблеми при спробах визначення правової природи доменного імені. Але не зважаючи на це, комбінація літер, що становлять доменне ім'я, доволі часто сьогодні захищається за допомогою реєстрації доменного імені як торговельної марки, під якою згідно зі ст. 492 ЦК України розуміється будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами.

Неоднозначною є правова природа вебсайту, як нового об'єкта віртуальної власності. Вебсайт вважається комплексним об'єктом, тому що він може складатись із кількох різних творів, таких як музика, відео чи аудіофайли, графічний дизайн і т. д., що забезпечують доступ юридичних і фізичних осіб до інформаційних ресурсів та інформаційних послуг певного суб'єкта за унікальною адресою у мережі Інтернет.

Наступним об'єктом, щодо якого постає питання, чи є він об'єктом права власності – це криптовалюта. Навесні 2017 р. у Японії було прийнято перший у світі законодавчий акт, який визначив правовий статус віртуальних. Згодом ще більше 20 країн світу закріпили цей термін у законодавстві. Але проблема в тому, що у всіх різняться підходи до її визначення, що ускладнює міжнародні відносини з цього приводу. Для прикладу, в Німеччині криптовалюта – це приватні гроші, в Ізраїлі – товар, в Японії і Австралії – фінансовий інструмент, у Великобританії – нематеріальний (віртуальний) актив. В Україні були спроби закріпити правовий статус криптовалюти, але поки що вона залишається у сірій зоні.

Але це лише частина термінів, які офіційно закріплені у вітчизняному законодавстві. Віртуальна реальність здатна повністю відтворювати наш фізичний світ. Таким чином, віртуальне середовище – це тривимірна версія реального світу, феномен, з десятками мільйонів користувачів по всьому світу і товарообігом на десятки мільярдів.

Віртуалізація власності проявляється у формуванні механізму привласнення та ринкового обороту нематеріальних активів, що не є об'єктами інтелектуальної власності, а також у створенні й діяльності віртуальних організацій. Дані об'єкти можуть мати високу економічну вартість, що вимагає їх правового регулювання і захисту. Прийнято вважати, що віртуальні об'єкти беруть свій початок з онлайн ігор. Саме там нематеріальні речі, ігрові предмети, спеціальні можливості, додаткові життя тощо почали набувати цінності і активно входить в товарообіг. Таким чином поняття віртуальної власності є більше економічним, а не юридичним. Звідси і випливає, що цей термін не відображає правову природу віртуальних об'єктів з позиції речового права².

Віртуалізація – це перенесення або створення нових об'єктів у нематеріальному світі, рівноцінних матеріальним речам. Власне визначення поняття віртуальної власності спочатку було запропоноване Ч. Блейзером – це стійкий комп'ютерний код, який зберігається не у віддаленій ресурсній системі, де одній чи більше особам надаються повноваження контролювати комп'ютерний код, у тому числі відстороняти усіх інших осіб.

Віртуальна власність характеризує нематеріальні об'єкти, що виступають як відображення окремих властивостей матеріальних чи нематеріальних речей. Таким чином, важливим напрямом трансформаційних перетворень у системі відносин власності у зв'язку із формуванням інформаційного суспільства є зміна та виникнення нових об'єктів власності. Зміни відбуваються також у суб'єктному складі: розпорошення суб'єктів власності, їх віртуалізація інституціоналізація та деперсоніфікація.

Ще з римського права речі поділяються на тілесні (*res corporales*) та безтілесні (*res incorporales*). Тілесні речі розумілись як осяжні, ті, що можна побачити і відчутти, а безтілесні – ті, яких не можна торкнутись, але вони існують за законом. Сучасні правові системи переважно застосовують такий же підхід до поділу речей. Але в Україні він дещо відрізняється. Так, за вітчизняним правом деякі безтілесні явища, як-от електроенергія або газ, прирівнюються до речей завдяки їхній схожості з тілесними речами. Згідно з українською концепцією права власності, об'єктом права власності може бути як тілесна річ, так і безтілесна.

Так, у ст. 316 ЦК України вказано, що об'єктом права власності є річ (майно). А згідно зі ст. 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Майнові права є неспоживною річчю. Таким чином, поняття «річ» в українському законодавстві тлумачиться широко та включає не лише предмети матеріального світу, а й безтілесні речі.

Також варто звернути увагу, що віртуальна власність так само, як і інтелектуальна, є нематеріальною, і через це вона досить часто змішується з нею. Інколи зустрічаються припущення, що інтелектуальна власність входить до віртуальної власності. Але поєднувати ці поняття не варто, оскільки поняття віртуальної власності було впроваджено саме задля позначення об'єктів, які існують не в матеріальному світі, а у віртуальній реальності³. Згідно зі ст. 418 ЦК право інтелектуальної власності визначено як право особи на результат інтелектуальної творчої діяльності або на іншій об'єкт права інтелектуальної власності, визначений цим Кодексом та іншими законами. Також об'єктами права інтелектуальної власності є твори науки, літератури і мистецтва, відкриття, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції, знаки для товарів і послуг, результати науково-дослідних робіт. Вони зовсім не збігаються з об'єктами віртуального світу.

Досить часто онлайн-ресурси записують до інтелектуальної власності. Але вони, як сторінки, не мають нічого спільного з нею. Вони були розроблені, щоб мати однакові характеристики з реальними рухомими речами. Для зручності людей та ширшого доступу з будь-якої точки планети. Підкреслимо, що єдина схожість між віртуальною та інтелектуальною власністю полягає в тому, що і та, і інша стосуються нематеріальних інтересів.

Для кращого розрізнення цих прав потрібно надати віртуальній власності ознаки.

1. Конкурентоспроможність об'єктів віртуальної власності. Тобто властивість об'єкта, за якої він може в певний час контролюватися однією особою. Відсутність конкуренції дає змогу створювати і розповсюджувати копії об'єкта з практично нульовими витратами. Наприклад, піратські фільми чи музика, програмне забезпечення комп'ютера – все це можна знайти у вільному доступі в Інтернеті, але це все нелегальні копії. Конкуренція у фізичному світі забороняє третім особам користуватись чужими речами без належного дозволу. Тож не варто забувати, що кіберпростір вже став частиною звичного життя і злочини там повинні мати такі ж наслідки, як і в реальному світі.

Інтелектуальна власність заснована на іншому. Обмеження у її використанні виникають зі спеціальних прав, що забезпечуються законом.

2. Стійкість – об'єкт віртуальної власності не припинить своє існування з вимкненням комп'ютера, на відміну від об'єкта інтелектуальної власності. А наприклад промова буде захищатись лише після того, як вона зафіксується на матеріальному носіїві.

3. Взаємодія – не лише автор має доступ та може взаємодіяти з об'єктом, а й інші учасники кіберпростору залучаються до цього. Віртуальні об'єкти активно беруть участь у товарообігу нарівні з матеріальними речами.

4. Цінність, що додана користувачем – унікальне оформлення сайту, цікава інформація що там розміщена, і багато іншого, що може підвищити ціну на об'єкт.

Висновки. Потрібно виділяти об'єкти віртуальної власності з-поміж інших. На сьогодні інформатизація суспільства суттєво випереджає законодавчі бази багатьох країн. Тож потрібно швидше адаптуватись, приймати та окреслювати межі дії віртуальних об'єктів. Адже чим довше ці поняття не будуть врегульовані, ти більше на території України буде «сірих схем» з товарообігом віртуальних об'єктів. Визнання віртуальних об'єктів майном відкриває можливості для захисту прав їхніх володільців за допомогою нормативно-правових актів та їх подальший законодавчий розвиток. Слід розмежовувати право віртуальної власності у реальному світі – це право інтелектуальної власності (де йдеться не про право на річ, а про право на права). Право віртуальної власності у віртуальному світі – це право не тільки на ігрові предмети (створені або придбані гравцем за віртуальну валюту або реальні гроші), віртуальна нерухомість і все те, що перебуває у віртуальному світі та може бути об'єктом правочинів, а й нові специфічні об'єкти, як доменні імена, вебсайти, криптовалюти тощо.

Підсумовуючи аналіз вітчизняного законодавства та нормативно-правових актів, які використовуються на міжнародній арені, можна безсумнівно вказати, що поява і розвиток мережі Інтернет трансформує виникнення феномена віртуалізації власності, коли об'єкти існують не реально, а у нематеріальному, позареальному світі. Віртуалізація власності проявляється у формуванні механізму привласнення та ринкового обороту нематеріальних благ, що є не тільки об'єктами інтелектуальної власності, а й об'єктами права власності.

¹ Masuda Y. The Information Society as Post-Industrial Society / Y. Masuda; Institute for the Information Society. Washington, D.C.: Pub. WorldFutureSociety, 1981. 171 p.

² Еннан Р. Правовий режим «віртуальної власності»: поняття, ознаки, сутність і правова природа. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2019. № 3. 125 с.

³ Харитонов О.І., Харитонов С.О. Віртуальна власність та право інтелектуальної власності. *Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху*; за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Київ: АртЕк, 2017. 734 с.

Резюме

Тимошенко Є.А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин.

У статті надано результат дослідження наукових праць та практичних застосувань поняття права віртуальної власності. Запропоновано визнати об'єкти майном, щоб мати змогу належним чином захищати їх згідно із законодавством. Віртуальна власність представлена як власність на нематеріальні об'єкти, що виступають як відображення окремих властивостей матеріальних чи нематеріальних речей. Об'єкти віртуальної власності розглядаються через ознаки: конкурентоспроможність, стійкість, взаємодія, цінність, що додана користувачем.

Ключові слова: віртуальна власність, віртуалізація, інтелектуальна власність, нематеріальні об'єкти, право власності, інформатизація.

Резюме

Тимошенко Є.А. Проблема определения права виртуальной собственности как объекта правоотношений.

В статье представлен результат исследования научных работ и практических применений понятия права виртуальной собственности. Предложено признать объекты имуществом, чтобы иметь возможность должным образом защищать их согласно законодательству. Виртуальная собственность представлена как собственность на нематериальные объекты, выступающие отражением отдельных свойств материальных или нематериальных вещей. Объекты виртуальной собственности рассматриваются через признаки: конкурентоспособность, устойчивость, взаимодействие, ценность, добавленная пользователем.

Ключевые слова: виртуальная собственность, виртуализация, интеллектуальная собственность, нематериальные объекты, право собственности, информатизация.

Summary

Yelizaveta Tymoshenko. The problem of determining the right of virtual property as an object of legal relations.

The article presents the result of research of scientific works and practical applications of the concept of virtual property law. It is proposed to recognize the objects as property in order to be able to properly protect them in accordance with the law. Virtual property is represented as ownership of intangible objects that act as a reflection of certain properties of tangible or intangible things. Virtual property objects are considered through the features: competitiveness, stability, interaction, value added by the user. The objects of ownership in the virtual environment include computer programs, databases, websites, multimedia works, works of network art, domain names, digital content, this is to say information content of the Internet (both published work in digital form and any other information: digital music, video streaming, computer games). But these are only part of the terms that are officially enshrined in domestic law. The virtual environment is a three-dimensional version of the real world - a phenomenon with tens of millions of users worldwide and a turnover of tens of billions.

To better distinguish these rights, we need to give the virtual property signs.

1. Competitiveness of virtual property. That is, a property of an object for which it can be controlled by one person at a time.
2. Sustainability – A virtual property will not cease to exist when the computer is turned off, unlike an intellectual property.
3. Interaction – not only the author has access and can interact with the object, but other participants in cyberspace are involved.

Virtual objects are actively involved in the circulation of goods on a par with material things.

4. The value added by the user – the unique design of the site, interesting information that is placed there, and much more that can increase the price of the object.

Key words: virtual property, virtualization, intellectual property, intangible objects, property rights, informatization.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.48

УДК 349.41

Д.В. БУСУЙОК

*Діана Вікторівна Бусуйок, доктор юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-9701-9135

ВИДИ МЕДІАЦІЇ ЯК ФОРМИ ВИРІШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ

Законодавче забезпечення вирішення земельних спорів у формі медіації знаходиться на етапі становлення. Вітчизняна наука земельного права починає лише опановувати цю сферу земельних відносин. Постає питання про етапи становлення законодавчого забезпечення вирішення земельних спорів у формі медіації та про можливі види медіації як форми вирішення земельних спорів у відповідних нормативно-правових актах.

Якщо простежити розвиток вітчизняного законодавства щодо вирішення земельних спорів у формі медіації, то варто зазначити, що, по-перше, відбувається доволі активна законотворча діяльність. Законодавець намагається ввести суспільні відносини щодо медіації земельних спорів у предмет правового регулювання.

На сайті Верховної Ради України розміщені три основні законопроекти «Про медіацію». Законопроект «Про медіацію» № 3665 від 17 грудня 2015 р. був прийнятий в першому читання. У 2019 р. Верховна Рада України відхилили його. Цей законопроект не прийняли¹. 28 грудня 2019 р. в парламенті був зареєстрований урядовий законопроект «Про медіацію» № 2706². Останній був відкликаний 4 березня 2020 р. Наразі Верховна Рада України прийняла за основу законопроект «Про медіацію» № 3504 від 19 травня 2020 р.³

Щодо можливих видів медіації як форми вирішення земельних спорів, то прийнятий за основу законопроект «Про медіацію» № 3504 від 19 травня 2020 р. передбачає, що медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), які виникають у цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних правовідносинах, а також кримінальних провадженнях під час укладання угод про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим та в інших сферах суспільних відносин.

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 застосовується під час вирішення сімейних спорів (конфліктів), якщо такі спори (конфлікти) впливають чи можуть вплинути на права і законні інтереси дитини, зокрема як третьої особи, відповідно до законодавства та з урахуванням найкращих інтересів дитини.

У законопроекті також закріплена можливість медіації під час судового, третейського, арбітражного провадження. Суд, третейський суд, міжнародний комерційний арбітраж роз'яснює сторонам у справі їх право на будь-якій стадії судового, третейського, арбітражного провадження провести позасудове врегулювання конфлікту (спору) шляхом медіації. Спільне рішення сторін медіації про врегулювання конфлікту (спору) за результатами медіації може затверджуватися судом, третейським судом, міжнародним комерційним арбітражем в установленому законодавством порядку.

По-друге, у чинних процесуальних кодексах закріплені приписи щодо медіації за участю судді або судова медіація. Можливість проведення медіації за участю судді передбачена в розділі III глави 4 Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК України)⁴, розділі III глави 4 Господарського процесуального

© Д.В. Бусуйок, 2020

* *Diana Busuiok, Dr. Hab. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

кодексу України (ГПК України)⁵ та розділі II глави 4 Кодексу адміністративного судочинства України (КАС України)⁶.

З цього приводу у ЦПК України передбачено, що в підготовчому засіданні суд з'ясовує, чи сторони бажають звернутися до суду для проведення врегулювання спору за участю судді.

Врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. Проведення врегулювання спору за участю судді не допускається в разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору.

Про проведення процедури врегулювання спору за участю судді суд постановляє ухвалу, якою одночасно зупиняє провадження у справі. У випадку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору за наслідками проведення врегулювання спору повторне проведення врегулювання спору за участю судді не допускається.

Проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. Сторони мають право брати участь у таких нарадах у режимі відеоконференції в порядку, визначеному ЦПК України. Спільні наради проводяться за участю всіх сторін, їх представників та судді. Закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною зі сторін окремо.

Суддя спрямовує проведення врегулювання спору за участю судді для досягнення сторонами врегулювання спору. З урахуванням конкретних обставин проведення наради суддя може оголосити перерву в межах строку проведення врегулювання.

На початку проведення першої спільної наради з врегулювання спору суддя роз'яснює сторонам мету, порядок проведення врегулювання спору за участю судді, права та обов'язки сторін.

Під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору та здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору.

Під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних справах, пропонувати стороні та (або) її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору.

Під час проведення врегулювання спору суддя не має права надавати сторонам юридичні поради та рекомендації, надавати оцінку доказів у справі.

Інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною. Під час проведення врегулювання спору за участю судді протокол наради не ведеться та не здійснюється фіксування технічними засобами.

За необхідності до участі в нарадах залучається перекладач. Перекладач попереджається про конфіденційний характер інформації, отриманої під час проведення врегулювання спору за участю судді. Під час врегулювання спору за участю судді забороняється використовувати портативні аудіотехнічні пристрої, а також здійснювати фото- і кінозйомку, відео-, звукозапис.

Врегулювання спору за участю судді припиняється: у разі подання стороною заяви про припинення врегулювання спору за участю судді; у разі закінчення строку врегулювання спору за участю судді; за ініціативою судді у разі затягування врегулювання спору будь-якою із сторін; у разі укладення сторонами мирової угоди та звернення до суду із заявою про її затвердження або звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, або в разі відмови позивача від позову чи визнання позову відповідачем.

Про припинення врегулювання спору за участю судді постановляється ухвала, яка оскарженню не підлягає. Одночасно суддя вирішує питання про поновлення провадження у справі.

Про припинення врегулювання спору за участю судді з підстави, передбаченої п. 1 частини першої ст. 204 ЦПК України, суддя постановляє ухвалу не пізніше наступного робочого дня після надходження відповідної заяви сторони, а з підстави, передбаченої п. 2 цієї ж частини – не пізніше наступного дня з дня закінчення строку врегулювання спору за участю судді.

У разі припинення врегулювання спору за участю судді з підстав, передбачених п. п. 1–3 частини першої ст. 204 ЦПК України, справа передається на розгляд іншому судді, визначеному в порядку, встановленому ст. 33 ЦПК України.

Врегулювання спору за участю судді проводиться протягом розумного строку, але не більше 30 днів з дня постановлення ухвали про його проведення. Строк проведення врегулювання спору за участю судді продовженню не підлягає.

Відтак умовно можна виділити такі етапи становлення законодавчого забезпечення вирішення земельних спорів у формі медіації:

На першому етапі в чинних процесуальних кодексах відбувається запровадження медіації за участю суддів.

На другому етапі розпочалась робота над появою спеціального законодавчого регулювання медіації. Відбувається внесення законопроектів про медіацію до Верховної Ради України.

При розгляді співвідношення судового процесу та медіації виділяють три види медіації⁷:

– приватна – повністю незалежна від судового розгляду і застосовується без подальшого судового процесу;

– супутня судовому розгляду – ініціюється самим судом, але протікає без подальшої судової участі у вирішенні конфлікту;

– судове посередництво – проводиться під час судового розгляду і включає консультації та допомогу юрисконсультів і адвокатів, проте виключає участь судді, наділеного правовими судовими повноваженнями.

Дана класифікація медіації відповідає її застосуванню у конфліктах та у спорах, проте слід зазначити й інші види медіації⁸.

Наприклад, британський дослідник Девід Річбелл розділяє медіацію на «медіацію спору» і «медіацію угоди». Медіація спору застосовується саме тоді, коли спір (конфлікт) вже виник. Медіація угоди застосовується, коли спору (конфлікту) не існує, з метою уникнення його виникнення в майбутньому. Медіатор допомагає сторонам провести переговори таким чином, щоб укласти максимально вигідну для всіх угоду. Медіатор не заінтересований в результаті операції і виконує здебільшого функцію сприяння сторонам, при цьому виявляючи і згладжуючи відмінності їх переговорного стилю, нагадуючи про наявність важливих для кожної зі сторін аспектів угоди, створюючи й підтримуючи атмосферу довіри. Під час такої медіації народжуються нові відносини, скріплені позитивними емоціями від домовленості та детальним опрацюванням інтересів, які можуть бути реалізовані тільки в медіації.

Французький медіатор Жан-Франсуа Сікс виділяє наступні чотири види медіації:

– творча медіація – створює нові відносини і робить їх взаємовигідними;

– оновлююча медіація – покращує вже існуючі відносини, які з тих чи інших причин були охолоджені або перервані;

– превентивна медіація – попереджає конфлікт, який розпочинається, поки у його потенційних учасників ще є конструктивні відносини;

– лікувальна медіація – вирішує конфлікт.

Зазначені приклади дають підстави стверджувати, що в державах ЄС медіація розглядається не тільки як спосіб альтернативного вирішення спорів, де вже виник конфлікт, а й як спосіб, який використовується для запобігання виникнення спору (конфлікту) в майбутньому, що, безумовно, розширює межі застосування медіації. Однак зараз наукову розробленість і законодавче закріплення отримала «медіація спору», як називає її Девід Річбелл, або «лікувальна медіація», як визначає її Жан-Франсуа Сікс.

Підсумовуючи вищевикладене, можна запропонувати такі види медіації як форми вирішення земельних спорів.

Залежно від наявності чи відсутності конфлікту:

а) безконфліктна медіація. Цей вид медіації передбачає вчинення дій на попередження виникнення конфлікту, наприклад, на етапі підготовки договору про оренду землі чи встановлення земельного сервітуту;

б) медіація конфлікту. Цей вид медіації передбачає наявність конфлікту, коли через різні інтереси чи обмеженість земельних ресурсів між сторонами виникає земельний спір.

Залежно від того, чи подано позов до суду:

а) досудова медіація. Застосовується до початку судового процесу;

б) під час процесу. Відбувається одночасно з судовим процесом.

Залежно від того, хто висловлює ініціативу щодо проведення медіації:

а) приватна медіація – незалежна від судового розгляду та застосовується без судового процесу, ініціативу проведення медіації земельних спорів висловлюють сторони конфлікту;

б) за участю судді – нововведення в чинних процесуальних кодексах, відбувається за участю судді та є елементом судового процесу;

в) за ініціативою суду – медіація відбувається за ініціативою суду, але в подальшому проходить без будь-якої участі суду.

Вважаємо, що у випадку медіації земельних спорів буде переважати медіація земельних спорів у сфері приватних (майнових) відносин над публічними (управлінськими чи сервісними). Приватні відносини зумовлені приватними інтересами, які можуть бути досить гнучкими, тоді як публічні (управлінські та сервісні) відносини зумовлені суспільними інтересами, яким притаманне імперативне правове регулювання на засадах «дозволено лише те, що передбачено законом», а відтак їм притаманна менша гнучкість. Таким чином, *залежно від кола суспільних інтересів доцільно виділити такі види медіації як форми вирішення земельних спорів:*

а) медіація земельних спорів у сфері приватних відносин;

б) медіація земельних спорів у сфері публічних відносин.

Залежно від кола земельних відносин, які становлять предмет спору:

а) медіація у сфері сервітутних відносин;

б) медіація у сфері орендних відносин;

в) медіація у сфері добросусідських відносин;

г) медіація у сфері приватизаційних земельних відносин;

г) тощо.

Перелік цих різновидів медіації земельних спорів не варто робити вичерпним, тому що важко передбачити коло всіх суспільних відносин, де конфлікт може бути вирішений за допомогою медіації.

Вважаємо за потрібне передбачати запропоновані нами види медіації як форми вирішення земельних спорів у законодавстві про медіацію, яке сьогодні перебуває на стадії свого формування.

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).

³ Проект Закону України «Про медіацію» № 3504 від 19.05.2020 р. / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877 (дата звернення: 14.09.2020).

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–42. Ст. 492.

⁵ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 р. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

⁶ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446.

⁷ Медіація в державах Європейського Союзу. *Українське право*. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_union_law/mediatsiya-v-derzhavakh-evropeyskogo-soyuzu/ (дата звернення: 14.09.2020).

⁸ Медіація в державах Європейського Союзу. *Українське право*. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_union_law/mediatsiya-v-derzhavakh-evropeyskogo-soyuzu/ (дата звернення: 14.09.2020).

Резюме

Бусуйок Д.В. Види медіації як форми вирішення земельних спорів.

У статті проведено дослідження етапів становлення законодавчого забезпечення вирішення земельних спорів у формі медіації та можливих видів медіації як форми вирішення земельних спорів.

Вважаємо за доцільне виділити два етапи становлення законодавчого забезпечення вирішення земельних спорів у формі медіації. На першому етапі у чинних процесуальних кодексах відбувається запровадження медіації за участю суддів. На другому етапі розпочалась робота над появою спеціального законодавчого регулювання медіації. Відбувається внесення законопроектів про медіацію до Верховної Ради України.

За результатами проведеного дослідження можна запропонувати такі види медіації, як форми вирішення земельних спорів.

Залежно від наявності чи відсутності конфлікту: а) безконфліктна медіація; б) медіація конфлікту.

Залежно від того, чи подано позов до суду: а) досудова медіація; б) під час процесу.

Залежно від того, хто висловлює ініціативу щодо проведення медіації: а) приватна медіація; б) за участю судді; в) за ініціативою суду.

Залежно від кола суспільних інтересів доцільно виділити такі види медіації як форми вирішення земельних спорів: а) медіація земельних спорів у сфері приватних відносин; б) медіація земельних спорів у сфері публічних відносин.

Залежно від кола земельних відносин, які становлять предмет спору: а) медіація у сфері сервітутних відносин; б) медіація у сфері орендних відносин; в) медіація у сфері добросусідських відносин; г) медіація у сфері приватизаційних земельних відносин; г) тощо.

Вважаємо за потрібне передбачати запропоновані види медіації як форми вирішення земельних спорів у законодавстві про медіацію, яке сьогодні перебуває на стадії свого формування.

Ключові слова: медіація, медіатор, законопроект, кодекс, суд, суддя, процес.

Резюме

Бусуйок Д.В. Виды медиации как формы решения земельных споров.

В статье проведено исследование этапов становления законодательного обеспечения решения земельных споров в форме медиации и возможных видов медиации как формы разрешения земельных споров.

Считаем целесообразным выделить два этапа становления законодательного обеспечения решения земельных споров в форме медиации. На первом этапе в действующих процессуальных кодексах происходит внедрение медиации с участием судей. На втором этапе началась работа над появлением специального законодательного регулирования медиации. В Верховную Раду Украины происходит внесение законопроектов о медиации.

По результатам проведенного исследования можно предложить следующие виды медиации как формы разрешения земельных споров.

В зависимости от наличия или отсутствия конфликта: а) бесконфликтная медиация; б) медиация конфликта.

В зависимости от того, подан ли иск в суд: а) досудебная медиация; б) медиация во время процесса.

В зависимости от того, кто выражает инициативу о проведении медиации: а) частная медиация; б) с участием судьи; в) по инициативе суда.

В зависимости от круга общественных интересов: а) медиация земельных споров в сфере частных отношений; б) медиация земельных споров в сфере публичных отношений.

В зависимости от круга земельных отношений, составляющих предмет спора: а) медиация в сфере сервитутных отношений; б) медиация в сфере арендных отношений; в) медиация в сфере добрососедских отношений; г) медиация в сфере приватизационных земельных отношений; д) и др.

Считаем нужным предусмотреть предложенные виды медиации как формы разрешения земельных споров в законодательстве о медиации, которое сегодня находится на стадии своего формирования.

Ключевые слова: медиация, медиатор, законопроект, кодекс, суд, судья, процесс.

Summary

Diana Busuiok. Types of mediation as a form of resolving land disputes.

The article examines the stages of formation of legislative support for resolving land disputes in the form of mediation and possible types of mediation as a form of resolving land disputes.

We consider it expedient to distinguish two stages of formation of legislative support for resolving land disputes in the form of mediation. At the first stage, mediation with the participation of judges is introduced in the current procedural codes. At the second stage, work began on the emergence of special legislative regulation of mediation. Bills on mediation are being submitted directly to the Verkhovna Rada of Ukraine.

According to the results of the study, such types of mediation as forms of resolving land disputes can be proposed.

Depending on the presence or absence of conflict:

a) conflict-free mediation. This type of mediation involves taking action to prevent conflict, for example at the stage of preparing a land lease agreement or establishing a land easement;

b) conflict mediation. This type of mediation involves the existence of a conflict, when due to different interests or limited land resources between the parties there is a land dispute.

Depending on whether a lawsuit has been filed in court:

a) pre-trial mediation. It is applied before the beginning of judicial process;

b) during the process. Occurs simultaneously with the trial.

Depending on who is initiating the mediation:

a) private mediation – independent of court proceedings and applied without a trial, the initiative to mediate land disputes is expressed by the parties to the conflict;

b) with the participation of a judge – an innovation in the current procedural codes, takes place with the participation of a judge and is an element of the judicial process;

c) on the initiative of the court – mediation takes place on the initiative of the court but then takes place without any participation of the court.

We believe that in the case of mediation of land disputes, mediation of land disputes in the field of private (property) relations will prevail over public (managerial or service) relations. Private relations are conditioned by private interests, which can be quite flexible, while public (managerial and service) relations are conditioned by public interests, which are characterized by mandatory legal regulation on the basis allowed only what is provided by law, and therefore they are less flexible. Thus, depending on the range of public interests, it is advisable to distinguish the following types of mediation as a form of resolving land disputes:

a) mediation of land disputes in the field of private relations,

b) mediation of land disputes in the field of public relations.

Depending on the range of land relations that are the subject of the dispute:

a) mediation in the field of servitude relations,

b) mediation in the field of lease relations,

c) mediation in the field of good neighborly relations,

d) mediation in the field of privatization of land relations,

e) etc.

The list of these types of land dispute mediation should not be exhaustive, because it is difficult to predict the scope of all social relations where the conflict can be resolved through mediation.

We consider it necessary to envisage proposed types of mediation as a form of resolving land disputes in the legislation on mediation, which is currently in its infancy.

Key words: mediation, mediator, bill, code, court, judge, process.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.49

УДК 343.848(474.3)

О.В. ЛИСОДЕД

*Олександр Володимирович Лисодед, кандидат юридичних наук, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0002-7741-758X

СЛУЖБА ПРОБАЦІЇ ЛАТВІЇ: ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Після розпаду Радянського Союзу та отримання незалежності Латвія, як і низка інших країн пострадянського простору, зіткнулась із різким погіршенням криміногенної ситуації в країні: стрімко зріс рівень злочинності, у тому числі й рівень тяжких кваліфікованих злочинів із застосуванням насильства, зброї, вибухових речовин, активізувались організовані злочинні угруповання, територія країни перетворилась на трафік предметів і майна, здобутих злочинним шляхом, або ж на їх легалізацію. З 1991 р. по 2000 р. загальна кількість осіб, які вчинили злочини, у Латвії зросла на 40 %, у тому числі неповнолітніх – на 31 %. Органи охорони правопорядку реагували на сплеск кримінальної активності населення переважно тюремним ув'язненням, що у середині 90-х рр. ХХ ст. привело Латвію до свого рекорду в абсолютних цифрах – більше 10 тис. ув'язнених і до коефіцієнту засуджених на 100 тис. населення – 410 (14 місце у світі з 198 країн). Це викликало й суттєву критику Латвії на міжнародній арені через погані умови тримання у тюрмах, досить велику кількість ув'язнених, які чекали вироку суду, порівняно із засудженими, які вже відбували покарання, досить тривалі строки утримання під вартою у якості запобіжного заходу до початку судового розгляду, особливо стосовно неповнолітніх, а також через відсутність альтернатив тюремному ув'язненню, що ставало дією перепорою вступу Латвії до Європейського Союзу¹.

Уряд Латвії відреагував на ці проблеми окремими реформами системи кримінального правосуддя у країні. Зокрема, у 1994 р. відповідно до змін у Кодекс Латвії про виконання покарань (далі – КВП Латвії) в тюрмах була введена прогресивна система виконання покарань, у 1999 р. у Кримінальний закон Латвії (далі – КЗ Латвії) було введено новий вид покарання – примусові роботи, у 2002 р. у зв'язку з прийняттям Закону Латвії «Про застосування до дітей примусових заходів виховного характеру»² було введено новий примусовий захід – громадські роботи для неповнолітніх.

Поряд із тим розпочалася робота і над створенням у Латвії служби пробації. У 1998 р. була прийнята Державна концепція соціальної реабілітації осіб, які відбули покарання, у 2001 р. була створена робоча група Міністерства юстиції Латвії, що підготувала Концепцію Державної служби пробації³, у 2003 р. був розроблений проект Закону Латвії «Про Державну службу пробації», який був прийнятий Сеймом Латвії 18 грудня 2003 р. і набрав чинності з 1 січня 2004 р.⁴ Напередодні було прийнято Положення про Державну службу пробації⁵ та Програма розвитку Державної служби пробації на 2003–2004 рр.⁶

Мета статті – розглянути правові засади діяльності Державної служби пробації Латвії.

Виклад основного матеріалу. За своїм статусом на сьогодні Державна служба пробації Латвії – це установа прямого управління, діяльність якої координується Міністерством юстиції Латвії⁷ і яка здійснює державну політику у сфері громадської безпеки, а саме: щодо виконання кримінального покарання у виді примусових робіт і примусового заходу – громадських робіт, а також нагляду за клієнтами служби пробації і корекції їх соціальної поведінки.

Державна служба пробації Латвії складається з центрального апарату та 28 територіальних структурних підрозділів⁸. Фінансування Державної служби пробації здійснюється виключно з державного бюджету. Персонал Державної служби пробації складається з чиновників (які приймаються на роботу відповідно до законодавства про державну службу за погодженням з Державною канцелярією) та працівників (які приймаються на роботу відповідно до законодавства про працю). На добровільних засадах для виконання завдань з виконання функцій Державної служби пробації та для дослідницької і аналітичної роботи залучаються також волонтери.

© О.В. Лисодед, 2020

* *Oleksandr Lysodyed, Ph.D. in Law, Associate professor, Associate professor of Yaroslav Mudryi National Law University*

Державна служба пробації виконує дев'ять головних функцій:

1. Надання звіту про оцінку клієнта пробації.

Такий звіт надається за вимогою суду або прокурора стосовно обвинуваченого у кримінальному процесі або за вимогою адміністрації тюрми стосовно засудженого, який подав клопотання про умовно-дострокове звільнення і являє собою узагальнену інформацію щодо ризику повторного вчинення особою злочину та висновок про те, що буде сприяти або перешкоджати інтеграції такої особи у суспільство.

Відповідно до Положення, затвердженого постановою Кабінету міністрів Латвії від 5 квітня 2011 р. № 271⁹, у звіті надається інформація щодо статусу клієнта пробації і потерпілого, роботодавця клієнта та інших заінтересованих осіб, наводяться дані щодо поточних умов, які характеризують сімейне життя і соціальне становище клієнта пробації, його освіти, історії зайнятості, доходів, хобі, відпочинку, друзів, знайомих, поведінки, емоційної стабільності, вживання наркотиків, психотропних та токсичних речовин, залежності від азартних ігор та інших подібних новітніх технологій, наявності попередніх судимостей та оцінка цих обставин на ймовірність вчинення нового злочину.

Якщо звіт запитує адміністрація тюрми, то звіт повинен містити також інформацію про ймовірне майбутнє місце проживання клієнта пробації після звільнення та законні підстави для його постійного проживання у цьому місці; оцінку впливу на поведінку клієнта пробації перебування у вказаному місці проживання; можливість безпечного, безпроблемного та повного розміщення у ньому пристроїв електронного нагляду та згоду інших осіб, які перебувають у цьому місці проживання, на контроль місцезнаходження клієнта; наявність постійного підключення до електрики та постійного покриття мобільним зв'язком; наявність у місці проживання адекватних умов життя для задоволення клієнтом пробації необхідних фізіологічних потреб без залишення зони контролю електронного обладнання; плани клієнта пробації на майбутнє, освіту, працевлаштування, дозвілля; дані про фізичне і психічне здоров'я, зловживання алкоголем, наркотичними, психотропними та токсичними речовинами; наявність попередніх судимостей і ставлення до них та про інші обставини, які можуть сприяти ймовірності вчинення нового злочину або, навпаки, сприятимуть його інтеграції у суспільство без нових злочинів.

2. Розробка програм пробації та реалізація ліцензійних програм.

У Законі вказано, що програма пробації – це комплекс заходів, спрямованих на сприяння інтеграції клієнта пробації в суспільство та інструмент корекції соціальної поведінки. Програми пробації ліцензуються відповідно до постанови Кабінету міністрів Латвії від 18 лютого 2008 р. № 105¹⁰ комісією по ліцензуванню, яка створюється Міністерством юстиції. Ліцензія видається на трирічний строк.

У Латвії Державна служба пробації реалізує два види програм пробації – програми корекції соціальної поведінки (шість програм) і програми соціальної реабілітації (дві програми)¹¹. Програми корекції соціальної поведінки спрямовані на виправлення соціальної поведінки особи: зміну способу думок, переконань, поглядів, розвиток соціально значущих навичок для досягнення клієнтами пробації стійкої самокерованої правослужняної поведінки. Так, програма корекції «EQUIP» застосовується до неповнолітніх і спрямована на відмову від протиправної і асоціальної поведінки; програма корекції «Формування позитивних відносин» спрямована на формування у клієнтів програми навичок запобігання конфліктних ситуацій, шанобливого ставлення до членів суспільства; програма корекції «Запобігання насильству» покликана усунути погляди, звички, потреби, які призводять до агресивної поведінки у суспільстві і сім'ї; програма «Менеджмент вживання засобів» спрямована на зниження ризику неправомірної поведінки у випадках наявності у клієнтів наркотичної чи іншої залежності; програма корекції «Мотивація до змін» покликана спонукати клієнтів до соціально позитивних змін (моральних, емоціональних, пізнавальних, особистісних) у своєму житті¹².

Програми соціальної реабілітації мають на меті формування необхідних вмій і розвиток конкретних соціально корисних навичок клієнта пробації шляхом домовленості з ним про необхідність виконання певних щоденних дій для засвоєння правомірної поведінки і подальшу інтеграцію в суспільство. Так, програма «Школа життя – 2» спрямована на підготовку засудженого до звільнення, програма «Просто про складне» – на розвиток індивідуальних навичок для вирішення проблем, з якими клієнт пробації може зіткнутися після звільнення: пошук місця проживання, роботи, отримання інформації про вакансії, надання допомоги в підготовці резюме, проходження співбесіди тощо¹³.

3. Виконання кримінального покарання у виді примусових робіт.

Примусові роботи, відповідно до ст. 40 КЗ Латвії¹⁴, полягають у примусовому залученні засудженого до суспільно необхідних робіт у вільний від основної роботи чи навчання час без винагороди і виконуються за місцем проживання. Примусові роботи у якості основного покарання встановлюються на строк від сорока до двохсот вісімдесяти годин. Примусові роботи у якості додаткового покарання на строк від сорока до ста годин можуть призначатися умовно засудженим особам. Примусові роботи не призначаються непрацездатним особам.

Згідно зі ст. 136 КВП Латвії¹⁵ на примусових роботах засуджений може бути зайнятий не більше двох годин у робочі дні, а з його згоди – не більше чотирьох годин у вільний від основної роботи чи навчання час і не більше восьми годин у вихідні дні та святкові дні. Якщо засуджений не працює і не вчиться, він може бути зайнятий до восьми годин на день.

Засуджені, залучені до виконання примусових робіт, повинні відпрацювати не менше 12 годин на тиждень, якщо орган пробації може забезпечити їх повну зайнятість.

Якщо засуджена особа є особою молодше 15 років або до досягнення 18-річного віку продовжує отримувати початкову освіту, дозволяється здійснювати її зайнятість не більше двох годин на день і 10 годин на

тиждень, якщо примусові роботи здійснюються під час навчального року, і не більше чотирьох годин на день і 20 годин на тиждень, якщо примусові роботи здійснюються у вільний час.

Якщо засуджена особа є особою старше 15 років, але не досягла віку 18 років і не продовжує отримувати початкову освіту, дозволяється здійснювати її зайнятість не більше семи годин в день і 35 годин на тиждень.

Якщо основна робота засудженого знаходиться в іноземній державі або пов'язана з періодичним перебуванням в іноземній державі або установа освіти, в якій засуджений здобуває освіту, знаходиться в іноземній державі, то засуджений протягом року з дня набрання чинності вироку суду або початку виконання примусових робіт після його звільнення з установи позбавлення волі, якщо примусові роботи застосовані разом з покаранням у вигляді позбавлення волі, повинен відпрацювати не менше половини призначеного покарання.

Виконання покарання у виді примусових робіт здійснює територіальний структурний підрозділ Державної служби пробації, на території якого знаходиться заявлене місце проживання клієнта пробації, відповідно до Порядку, затвердженого постановою Кабінету міністрів Латвії від 9 лютого 2010 р. № 119¹⁶.

Структурний підрозділ Державної служби пробації організовує виконання покарання у виді примусових робіт відповідно до законодавства про працю та охорону праці на підставі укладених з роботодавцями договорів. Роботодавцями можуть виступати як державні чи муніципальні підприємства, установи та організації, так і приватні компанії, асоціації, фонди, у тому числі й релігійні організації.

Посадова особа структурного підрозділу Державної служби пробації вибирає роботодавця з урахуванням пріоритету роботи, яка потрібна муніципалітетам, судимості, освіти, навичок, здоров'я і віку клієнта пробації, погоджує з роботодавцем місце роботи, час початку роботи та тривалість роботи.

До початку виконання покарання посадова особа органу пробації ознайомлює клієнта пробації про порядок і умови виконання покарання у виді примусових робіт під розпис, складає графік роботи клієнта пробації та узгоджує його з роботодавцем і клієнтом. Якщо клієнт служби пробації бажає працювати більш як чотири години на день, він письмово підтверджує, що він не вчиться і не працює у відповідний час і день. Якщо клієнт служби пробації бажає виконувати примусові роботи понад чотири години в день, у графіку роботи передбачається перерва. Час і тривалість перерви визначаються посадовою особою органу пробації за погодженням з роботодавцем і клієнтом пробації, але перерва не повинна бути менше 15 хвилин. Вона надається не пізніше ніж через чотири години після початку роботи. Перерва не зараховується у строк виконання примусових робіт.

Після виконання графіку роботи клієнта пробації у повному обсязі посадова особа органу пробації готує форму контрольного реєстру. Посадова особа та роботодавець роблять запис у контрольній формі про те, що клієнт пробації виконав примусові роботи у встановлений термін у повному обсязі, після чого клієнт пробації знімається з обліку.

4. Виконання примусового заходу виховного характеру – громадські роботи.

Примусові заходи виховного характеру можуть застосовуватися до дитини, якщо вона вчинила злочин або правопорушення, за які законодавством передбачена кримінальна або адміністративна відповідальність. 31 жовтня 2002 р. Сейм Латвії прийняв Закон «Про застосування до дітей примусових заходів виховного характеру», яким було передбачено введення нового примусового заходу виховного характеру – громадські роботи, виконання яких було покладено на Державну службу пробації.

Відповідно до ст. 11 цього Закону громадські роботи – це роботи, які дитина виконує безоплатно у районі свого місця проживання поза своєю основною роботою чи навчанням. Дитина може бути зобов'язана виконувати громадські роботи від 10 до 40 годин. Громадські роботи не є кримінальним покаранням, вони полягають у виконанні некваліфікованої роботи на користь суспільства і їх виконання подібне до виконання кримінального покарання у виді примусових робіт, але з певними обмеженнями, які пов'язані з віком клієнта пробації.

Відповідно до Порядку, за допомогою якого Державна служба пробації організує виконання примусових заходів виховного характеру – громадські роботи, затвердженого постановою Кабінету міністрів Латвії від 3 серпня 2010 р. № 711¹⁷, якщо клієнт пробації не досяг 15-річного віку і продовжує отримувати базову освіту до досягнення 18-річного віку, графік роботи повинен передбачати не більше двох годин громадських робіт на день і 10 годин на тиждень, якщо громадські роботи виконуються протягом навчального року, та не більше чотирьох годин громадських робіт на день і 20 годин на тиждень, якщо громадські роботи здійснюються у вільний час.

Якщо клієнт пробації старше 15 років, але не досяг 18-річного віку і не продовжує отримувати базову освіту, графік роботи може передбачати, що громадські роботи можуть виконуватися до семи годин в день і 35 годин на тиждень.

Якщо клієнту служби пробації вже 18 років, він працює і продовжує освіту, то він може працювати на громадських роботах не більше двох годин на день, але з його згоди не більше чотирьох годин на день від основної роботи або навчання і не більше восьми годин у день у вихідні та святкові дні. Якщо клієнт служби пробації старше 18 років, не працює або не вчиться, він може працювати до восьми годин на день.

Якщо клієнт служби пробації виконує громадські роботи більше чотирьох годин на день, графік роботи повинен передбачати перерву. Час і тривалість перерви визначаються посадовою особою органу пробації за погодженням з роботодавцем і клієнтом пробації, але перерва не повинна бути менше ніж 30 хвилин. Перерва надається не пізніше ніж через чотири години після початку роботи. Перерва не зараховується до часу громадських робіт.

Якщо неповнолітній клієнт пробації продовжує здобувати середню або додаткову професійну освіту на додаток до роботи, час, витрачений на навчання та громадські роботи, підсумовується і не повинен перевищувати семи годин в день і 35 годин на тиждень.

Забороняється залучати до громадських робіт після 22:00 осіб, яким не виповнилось 18 років.

Залучення неповнолітніх до громадських робіт має на меті: 1) формування та закріплення загальноприйнятих ціннісних орієнтацій дитини в інтересах суспільства; 2) спрямованість дитини на утримання від протиправної діяльності; 3) реінтеграцію дитини із соціальними відхиленнями поведінки у суспільство.

5. *Організація та проведення процесу посередництва у кримінальних провадженнях та у справах щодо застосування примусових заходів виховного характеру до дітей.*

Відповідно до ст. 97 Кримінально-процесуального закону Латвії¹⁸ на всіх стадіях кримінального процесу потерпілий може примиритися з особою, яка заподіяла йому шкоду. Особа, яка здійснює кримінальне провадження, у разі встановлення факту можливості досягнення у процесі мирової угоди інформує про це Державну службу пробації, яка забезпечує, щоб потерпілий та особа, яка вчинила злочин, мали можливість добровільно взяти участь у процедурі примирення з метою зменшення шкоди, завданої злочинцем (ст. 381 Кримінально-процесуального закону Латвії).

До процедури примирення Державна служба пробації залучає як своїх співробітників, так і волонтерів, які мають достатній рівень знань та навичок щодо проведення процесу примирення та відповідний сертифікат на такий вид діяльності, отриманий згідно із Порядком організації навчання та сертифікації волонтерів, затверджених постановою Кабінету міністрів Латвії від 19 липня 2018 р. № 346¹⁹.

Також, відповідно до ст. 20 Закону Латвії «Про застосування до дітей примусових заходів виховного характеру», якщо дитина вчинила злочин, то посередник від Державної служби пробації може сприяти примиренню і врегулюванню спірних питань дитини з потерпілим або його представником.

Державна служба пробації виконує ще чотири наглядові функції:

- 1) *нагляд за умовно звільненими від кримінальної відповідальності з іспитовим строком;*
- 2) *нагляд за умовно засудженими з іспитовим строком;*
- 3) *нагляд за умовно-достроково звільненими від покарання;*
- 4) *виконання додаткового покарання – нагляд пробації.*

У цілому нагляд за засудженими здійснюється відповідно до Порядку, затвердженого постановою Кабінету міністрів Латвії від 24 лютого 2015 р. № 107²⁰, згідно з планом нагляду, який готується посадовою особою Державної служби пробації. До складання плану нагляду може залучатися і засуджений. План нагляду повинен містити перелік обов'язків, які покладаються на засудженого і на Державну службу пробації, індивідуальні потреби й можливості засудженого, цільові покаказники, встановлені на період нагляду, і заходи, які необхідно здійснити для досягнення цілей, поставлених на період нагляду, інтенсивність заходів нагляду, граничні терміни вжиття заходів тощо. Одна копія плану нагляду повинна бути надана засудженому, а друга долучається до особової справи.

Певні особливості має нагляд за умовно-достроково звільненими від покарання. Для осіб, які претендують на умовно-дострокове звільнення від покарання, законодавство Латвії передбачає можливість встановлення як звичайного, так і електронного нагляду (із 2015 р.²¹). За загальним правилом, з урахуванням особистості і поведінки засудженого під час відбування покарання умовно-дострокове звільнення від покарання може бути застосовано, якщо: 1) засуджений досяг певного результату ресоціалізації; 2) засуджений у межах можливостей добровільно відшкодував заподіяну злочинцем шкоду; 3) засуджений після звільнення має можливість законним шляхом отримувати кошти для існування; 4) минув встановлений законом строк після застосування стягнення за порушення режиму відбування покарання і засуджений не притягнутий до відповідальності за адміністративне правопорушення; 5) засуджений вирішує і готовий у подальшому вирішувати свої психологічні проблеми; 6) засуджений погодився лікуватися від залежності від алкоголю, наркотичних, психотропних чи токсичних речовин у разі вчинення ним злочинного діяння внаслідок залежності від алкоголю, наркотичних, психотропних чи токсичних речовин (ч. 2 ст. 61 КЗ Латвії).

За таких обставин умовно-дострокове звільнення може бути застосоване, якщо засуджений фактично відбув: 1) не менше половини строку покарання за вчинений нетяжкий злочин; 2) не менше двох третин строку покарання, якщо він засуджений за тяжкий злочин, а також якщо він раніше був засуджений до позбавлення волі за умисний злочин і судимість за цей злочин не знята і не погашена; 3) не менше трьох чвертей строку покарання, якщо він засуджений за особливо тяжкий злочин, а також якщо він раніше звільнявся умовно-достроково і знову вчинив умисний злочин протягом невідбутої частини покарання; 4) двадцять п'ять років покарання у виді позбавлення волі, якщо він засуджений до довічного позбавлення волі (ч. 3 ст. 61 КЗ Латвії).

Застосування ж електронного нагляду при умовно-достроковому звільненні засудженого від покарання може бути з дотриманням наступних додаткових умов: 1) засуджений згоден на електронний нагляд; 2) здійснення електронного нагляду можливе за місцем проживання засудженого; 3) застосування електронного нагляду буде сприяти включенню засудженого у суспільство (ч. 2¹ ст. 61 КЗ Латвії). Електронним наглядом є заходи інтенсивного контролю, які встановлюються судом для обмеження вільного переміщення засудженого. Для здійснення електронного нагляду до тіла засудженого прикріплюється електронний пристрій, що дає змогу контролювати його перебування в певному місці і в певний час. Електронний нагляд встановлюється судом на строк від одного до дванадцяти місяців. Термін електронного нагляду починається з дня, коли електронний пристрій прикріплюється до тіла засудженого (ст. 61¹ КЗ Латвії).

При цьому умовно-дострокове звільнення з електронним наглядом може бути застосоване, якщо засуджений фактично відбув менш значні строки покарання, а саме: 1) не менше однієї третини строку покарання за вчинений нетяжкий злочин; 2) не менше половини строку покарання, якщо він засуджений за тяжкий злочин, а також якщо він раніше був засуджений до позбавлення волі за умисний злочин і судимість за цей злочин не знята і не погашена; 3) не менше двох третин строку покарання, якщо він засуджений за особливо тяжкий злочин, а також якщо він раніше звільнявся умовно-достроково і знову вчинив умисний злочин протягом невідбутої частини покарання; 4) не менше двадцяти чотирьох років покарання у виді позбавлення волі, якщо він засуджений до довічного позбавлення волі (ч. 3¹ ст. 61 КЗ Латвії).

Після закінчення встановленого судом терміну електронного нагляду подальший нагляд за засудженим здійснюється відповідно до положень про умовно-дострокове звільнення від покарання, якщо у засудженого не закінчився строк невідбутої частини покарання.

Для виконання вищевказаних функцій Державна служба пробації має досить широке коло повноважень. Так, посадові особи і працівники Державної служби пробації при виконанні своїх функцій мають наступні права: 1) вимагати від клієнта пробації пред'явити документ, що засвідчує особу; 2) фоторафувати клієнта пробації; 3) отримувати інформацію про судимість клієнта, у тому числі й про попередні судимості; 4) отримувати інформацію про відкриття кримінального провадження щодо клієнта пробації, про запобіжні заходи і заходи безпеки, що застосовуються до клієнта пробації, його розшук; 5) відвідувати тюрми; 6) вивчати матеріали особової справи засудженого, щодо якого адміністрація тюрми запросила звіт про оцінку; 7) пройти стажування на робочому місці клієнта або у навчальному закладі; 8) зустрічатися з роботодавцем або представником навчального закладу за згодою клієнта пробації; 9) зустрічатися з членами сім'ї за згодою клієнта пробації; 10) отримувати за запитом повні судові рішення щодо клієнта пробації незалежно від того, розглядається кримінальна справа у відкритому чи закритому судовому засіданні; 11) отримувати інформацію про потерпілого, місце його проживання та зв'язуватися з потерпілим для підготовки звіту про оцінку, домовленості на проведення примирення, визначення розміру шкоди, завданої злочиним; 12) відвідувати клієнта пробації за місцем його проживання з 7:00 до 23:00; 13) вивчати матеріали справи засудженого, який перебуває у слідчому ізоляторі, і подав заявку на участь у пробаційній програмі; 14) запитувати та отримувати від установи виконання покарань інформацію про виконану засудженим роботу з ресоціалізації; 15) отримувати інформацію про заходи, які застосовані до клієнта пробації для тимчасового захисту від насильства; 16) якщо клієнт пробації є неповнолітнім: отримувати інформацію про управління майном неповнолітнього, передачу неповнолітнього клієнта пробації на піклування іншій особі в Латвії чи за кордоном, навчання клієнта, направлення до спеціалістів для консультацій, дозвіл клієнту на перетин державного кордону відповідно до нормативно-правових актів щодо порядку перетину державного кордону дітьми; 17) отримувати інформацію про соціальні послуги та соціальну допомогу, що надається клієнту пробації; 18) отримувати інформацію про освіту клієнта пробації; 19) отримувати інформацію про втрату працездатності клієнта; 20) отримувати інформацію про працевлаштування клієнта пробації, його доходи та наявність утриманців; 21) отримувати інформацію про подружжя, батьків та дітей клієнта пробації; 22) одержувати інформацію про смерть клієнта пробації (ч. 1 ст. 25 Закону Латвії «Про Державну службу пробації»).

Додатково, для здійснення наглядових функцій, посадові особи і працівники Державної служби пробації мають право: 1) контролювати, як клієнт пробації виконує вимоги, викладені у плані моніторингу; 2) без попереднього повідомлення відвідувати клієнта пробації за місцем проживання; 3) відвідувати клієнта пробації за місцем його проживання з 23:00 до 7:00, якщо клієнту пробації заборонено залишати місце проживання в певний час доби; 4) отримувати інформацію про засоби існування клієнта пробації; 5) визначати та призупиняти повністю або частково обов'язки, передбачені нормативним актами, що регулюють виконання кримінальних покарань, для умовно засуджених, умовно-достроково звільнених від відбування покарання та засуджених до нагляду пробації; 6) отримувати інформацію про судимість батьків або осіб, які їх замінюють, неповнолітнього клієнта пробації (ч. 2 ст. 25 Закону Латвії «Про Державну службу пробації»).

Додатково посадові особи і працівники Державної служби пробації при здійсненні електронного нагляду за засудженими, які умовно-достроково звільнені від покарання, мають право: 1) встановлювати електронні пристрої у місці проживання клієнта; 2) підключати або вилучати електронний пристрій у клієнта пробації; 3) перевіряти електронні пристрої в будь-який час доби; 4) стежити за виконанням графіку електронного спостереження; 5) обробляти електронну інформацію про місцезнаходження клієнта пробації у визначений час та місце; 6) вилучати електронні пристрої з місця проживання клієнта пробації; 7) ідентифікувати клієнта пробації за допомогою зчитувача відбитків пальців, вбудованого в електронні пристрої, які сканують відбитки пальців людини; 8) зустрічатися з особами, які проживають за місцем проживання клієнта пробації без його згоди для з'ясування їхнього ставлення до здійснення електронного нагляду та встановлення електронних пристроїв; 9) отримати дозвіл від осіб, які проживають у місці проживання клієнта пробації, на розміщення у цьому місці електронних пристроїв для здійснення електронного нагляду за клієнтом пробації; 10) зустрічатися з власником можливого місця проживання клієнта пробації без його згоди для встановлення факту постійного проживання клієнта пробації у цьому місці; 11) зустрічатися з потенційним роботодавцем клієнта пробації без його згоди для визначення впливу запропонованої роботи на впровадження електронного нагляду (ч. 2¹ ст. 25 Закону Латвії «Про Державну службу пробації»).

Такому широкому спектру прав Державної служби пробації кореспондує досить великий обсяг обов'язків засуджених, особливо засуджених до нагляду. Так, засуджені, умовно-достроково звільнені від покарань

ня, та засуджені до покарання у виді нагляду пробації зобов'язані: 1) виконувати встановлені посадовою особою Державної служби пробації обов'язки та законні вимоги; 2) з'являтися у територіальний структурний підрозділ Державної служби пробації в установлений посадовою особою Державної служби пробації час; 3) інформувати посадову особу Державної служби пробації про своє місце проживання, місце роботи чи навчання, а також негайно повідомляти про їх зміну; 4) отримувати дозвіл Державної служби пробації на виїзд за межі місця проживання на період більше 15 днів; 5) надавати посадовій особі Державної служби пробації інформацію про виконання встановлених обов'язків; 6) надавати посадовій особі Державної служби пробації інформацію про джерела проживання (ст. 119⁴ КВП Латвії).

Крім цього, Державна служба пробації може встановити щодо таких засуджених один або декілька додаткових обов'язків, як-от: 1) дотримуватися заборони на залишення місця проживання в певний час доби; 2) дотримуватися заборони на зміну місця проживання без згоди Державної служби пробації; 3) дотримуватися заборони на знаходження в певних громадських місцях; 4) дотримуватися заборони на спілкування з певними людьми; 5) дотримуватися заборони на виїзд з території адміністративно-територіальної одиниці без дозволу Державної служби пробації; 6) дотримуватися заборони на вживання алкоголю та інших п'яних речовин; 7) погоджувати з посадовою особою Державної служби пробації маршрут пересування; 8) брати участь в одній або декількох програмах пробації; 9) дотримуватися заборони на придбання, носіння чи зберігання установлених предметів; 10) дотримуватися заборони на наближення до установлених об'єктів, місць чи установ; 11) для вирішення проблем криміногенного характеру відвідувати зазначеного Державною службою пробації спеціаліста, якщо засуджений погоджується сплачувати додаткові витрати, пов'язані з такими відвідуваннями; 12) виконувати вказівки Державної служби пробації, спрямовані на отримання легальних джерел існування або вирішення побутових питань соціально прийнятним чином (ст. 119⁷ КВП Латвії).

Додаткові обов'язки встановлені і для засуджених, щодо яких здійснюється електронний нагляд, а саме: 1) не змінювати місце проживання без згоди Державної служби пробації; 2) не вживати алкоголь, наркотичні, токсичні чи психотропні речовини; 3) не пошкоджувати електронні пристрої, за допомогою яких забезпечується контроль за здійсненням обмежень на свободу пересування, забезпечувати їх безперервну дію; 4) негайно інформувати посадову особу Державної служби пробації в разі ушкодження електронних пристроїв; 5) дотримуватися підготовленого посадовою особою Державної служби пробації графіку електронного нагляду; 6) інформувати посадову особу Державної служби пробації про осіб, які постійно знаходяться за місцем його проживання, негайно інформувати про осіб, які планують постійно знаходитись за місцем його проживання після установки електронних пристроїв; 7) усувати можливі перепони, які можуть перешкоджати посадовій особі Державної служби пробації мати доступ до місця його проживання в будь-який час доби (ст. 119⁵ КВП Латвії).

При Державній службі пробації функціонує Консультативна рада, яка складається з: 1) представника Верховного суду; 2) представника Генеральної прокуратури; 3) представника Міністерства юстиції; 4) представника Латвійської асоціації місцевого та регіонального самоврядування; 5) представника Державної служби пробації; 6) представника адміністрації тюрем; 7) представника Державної поліції; 8) представника хоча б одного постачальника соціальних послуг, який надає послуги з соціальної реабілітації клієнтам пробації. При територіальних підрозділах консультативні ради складаються з представників аналогічних органів місцевого рівня.

Метою діяльності консультативних рад є: взаємодія з державними органами влади і управління, органами самоврядування і недержавними установами та організаціями для вироблення єдиного підходу в рішенні питань у сфері пробації; надання до Державної служби пробації допомоги в підготовленні проектів правових актів, які стосуються співробітництва всіх органів під час здійснення єдиної політики у сфері пробації; обговорення актуальних проблем у сфері пробації, які потребують змін на законодавчому рівні, забезпечення постійного інформативного зв'язку між усіма суб'єктами, які переймаються проблемами пробації.

Висновки. Враховуючи викладене, можна стверджувати, що в Латвії створено правове поле та механізм реалізації як покарань, альтернативних позбавленню волі, так і заходів, альтернативних покаранню (громадських санкцій), та здійснюються інші заходи, спрямовані на виконання рекомендацій Ради Європи СМ/Rec (1999) 22 Комітету Міністрів державам-членам стосовно переповненості в'язниць і зростання кількості ув'язнених, СМ/Rec(2010) 1 Комітету Міністрів державам-членам про Правила Ради Європи про пробації, СМ/Rec (2014) 4 Комітету Міністрів державам-членам стосовно електронного моніторингу²², СМ/Rec (2017) 3 Комітету Міністрів державам-членам про Європейські правила щодо громадських санкцій та заходів²³.

¹ Юревичиус И. Дорога к латвийской службе пробації. *Вопросы ювенальной юстиции*. 2009. № 1(21). URL: <http://juven.just.org/index.php?showtopic=1148>

² Par audzinoša rakstura piespiedu līdzekļu piemērošanu bērniem. URL: <https://likumi.lv/ta/id/68489>

³ Par Valsts probācijas dienesta koncepciju. URL: <https://likumi.lv/doc.php?id=70181>

⁴ Valsts probācijas dienesta likums. URL: <http://likumi.lv/doc.php?id=82551>

⁵ Valsts probācijas dienesta nolikums. URL: <http://likumi.lv/doc.php?id=124795>

⁶ Служба пробації Латвії. Рига, 2004. URL: <https://pandia.ru/text/80/234/75664.php>

⁷ Зубарев С.М. Организация исполнения уголовных наказаний без изоляции осужденного от общества в зарубежных странах. *Пенитенциарная наука*. 2010. № 11. С. 67. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/organizatsiya-ispolneniya-ugolovnyh-nakazaniy-bez-izolyatsii-osuzhdenного-ot-obschestva-v-zarubezhnyh-stranah>

⁸ Звіт про навчальну поїздку 30.05.2011 р. – 03.06.2011 р. до Латвійської Республіки представників координаційної групи м. Мелітополя, яка працює над розвитком пілотного проекту «Реформування системи кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні» за підтримкою Уряду Канади. URL: https://www.probaton.gov.ua/?page_id=2967

⁹ Noteikumi par izvērtēšanas ziņojumā iekļaujamas informācijas apjomu un tā sastādīšanas kārtību. URL: <https://likumi.lv/doc.php?id=228928>

¹⁰ Kārtība, kādā licencē un īsteno probācijas programmas. URL: <https://likumi.lv/doc.php?id=228928>

¹¹ Звіт про навчальну поїздку 30.05.2011 р. – 3.06.2011 р. до Латвійської Республіки представників координаційної групи м. Мелітополя, яка працює над розвитком пілотного проекту «Реформування системи кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні» за підтримкою Уряду Канади. URL: https://www.probaton.gov.ua/?page_id=2967

¹² Сергеев Д.Н. Нужен ли закон о пробации? *Юридическая наука и практика*. 2013. № 3. С. 71. URL: <http://oaji.net/articles/2014/1211-1411310216.pdf>

¹³ Диско В.И. Государственная служба пробации: опыт Латвийской Республики. *Конституционные права и свободы: проблемы интерпретации реализации в национальных правовых системах*: сб. ст. междунар. науч.-практ. конф., Новополоцк, 28–29 окт. 2016 г.: в 3 т. / Мин-во образования Республіки Беларусь; Полоцк. гос. ун-т, Регион. учеб.-науч.-практ. юрид. центр; редкол.: И.В. Вегера (отв. ред.) и др. Новополоцк: ПГУ, 2016. Т. 2. С. 39, 40. URL: <http://elib.psu.by:8080/handle/123456789/18230>

¹⁴ Krimināllikums. URL: <https://likumi.lv/ta/id/88966-kriminallikums>.

¹⁵ Latvijas Sodū izpildes kodekss. URL: <https://likumi.lv/ta/id/90218-latvijas-sodu-izpildes-kodekss>

¹⁶ Kārtība, kādā Valsts probācijas dienests organizē kriminālsoda – piespiedu darbs – izpildi. URL: <https://likumi.lv/ta/id/205060>

¹⁷ Kārtība, kādā Valsts probācijas dienests organizē audzinoša rakstura piespiedu līdzekļa – sabiedriskais darbs – izpildi. URL: <https://likumi.lv/ta/id/214606>

¹⁸ Kriminālprocesa likums. URL: <https://likumi.lv/ta/id/107820>

¹⁹ Kārtība, kādā apmāca un sertificē brīvprātīgā darba veicējus izlīguma procesa organizēšanai un vadīšanai. URL: <https://likumi.lv/ta/id/300143>

²⁰ Kārtība, kādā Valsts probācijas dienests uzrauga nosacīti notiesātās, nosacīti pirms termiņa no soda izciešanas atbrīvotās, nosacīti no kriminālatbildības atbrīvotās personas un personas, kurām piemērots papildsods – probācijas uzraudzība. URL: <https://likumi.lv/ta/id/272547-kartiba-kada-valsts-probācijas-dienests-uzrauga-nosacīti-notiesatas-nosacīti-pirms-termiņa-no-soda-izciešanas-atbrīvotas-nosacīti-no-kriminalatbildības-atbrīvotas-personas-un-personas-kuram-piemērots-papildsods—probācijas-uzraudzība>

²¹ На свободу – с электронным браслетом. URL: <https://rus.lsm.lv/statja/novosti/obschestvo/v-latvii-vvodjatsja-elektronnie-brasleti-dlja-nadzora-za-osuzhdenimi.a141794/>; В Латвии вводятся электронные браслеты для надзора за осужденными. URL: <https://rus.lsm.lv/statja/novosti/obschestvo/v-latvii-vvodjatsja-elektronnie-brasleti-dlja-nadzora-za-osuzhdenimi.a141794/>; Звіт про результати службового відрядження за кордон української делегації до Латвії (навчальний візит з вивчення позитивного досвіду щодо впровадження електронного моніторингу, Латвійська Республіка, м. Рига, 25–27 листопада 2018 р.). URL: https://www.probaton.gov.ua/?page_id=2967; Под «электронный надзор» выпущены 119 заключенных. URL: <https://rus.lsm.lv/statja/novosti/proisshestvija/pod-elektronny-nadzor-vipuscheni-119-zaklyuchennyh.a237498/>

²² Збірник документів Ради Європи з запобігання перенаселеності в'язниць. URL: <https://rm.coe.int/e-compendium-in-ukrainian/16806ab9ad>

²³ Рекомендація CM/Rec (2017) 3 Комітету Міністрів державам-членам про Європейські правила щодо громадських санкцій та заходів. URL: <https://rm.coe.int/1680990cf2>

Резюме

Лисодед О.В. Служба пробациі Латвії: правові засади діяльності.

У статті наводиться досвід становлення служби пробациі у Латвії у 90-х рр. XX ст. – на початку XXI ст.; аналізуються структура Державної служби пробациі Латвії та механізм реалізації її основних функцій відповідно до Закону Латвії від 18 грудня 2003 р. «Про Державну службу пробациі»; розглядаються питання електронного нагляду за засудженими, умовно-дostroково звільненими від відбування покарання, основні права посадових осіб і працівників Державної служби пробациі Латвії та обов'язки засуджених, які знаходяться під наглядом цієї служби, у тому числі й додаткові обов'язки засуджених, щодо яких здійснюється електронний нагляд; діяльність Консультативної ради при Державній службі пробациі Латвії та територіальних консультативних рад.

Ключові слова: пробация, Державна служба пробациі Латвії, клієнт пробациі, звіт про оцінку клієнта пробациі, програми пробациі, виконання примусових робіт, виконання громадських робіт, нагляд пробациі, електронний нагляд за засудженими.

Резюме

Лисодед А.В. Служба пробации Латвии: правовые основы деятельности.

В статье приводится опыт становления службы пробации в Латвии в 90-х гг. XX ст. – начале XXI ст.; анализируются структура Государственной службы пробации Латвии и механизм реализации ее основных функций в соответствии с Законом Латвии от 18 декабря 2003 г. «О Государственной службе пробации»; рассматриваются вопросы электронного надзора за осужденными, условно-досрочно освобожденными от отбывания наказания, основные права должностных лиц и работников Государственной службы пробации и обязанности осужденных, которые находятся под надзором этой службы, в том числе и дополнительные обязанности осужденных, относительно которых установлен электронный надзор; деятельность Консультативного совета при Государственной службе пробации Латвии и территориальных консультативных советов.

Ключевые слова: пробация, Государственная служба пробации Латвии, клиент пробации, отчет об оценке клиента пробации, программы пробации, исполнение принудительных работ, исполнение общественных работ, надзор пробации, электронный надзор за осужденными.

Summary

Oleksandr Lysodyed. Probation Service of Latvia: Legal Basis of Activity.

The article describes the experience of establishing a probation service in Latvia in the 90s of the XX century – at the beginning of the XXI century; the structure of the State Probation Service of Latvia and the mechanism of realization of nine main functions of the Service under the Law of Latvia “On the State Probation Service” of December 18, 2003, are analyzed: 1) submission of a report on the evaluation of the probation client; 2) development of probation programs and implementation of licensed programs; 3) execution of criminal punishment in the form of forced labour; 4) execution of a coercive measure of educational nature – public works; 5) organization and conduct of the mediation process in criminal proceedings and cases concerning the application of coercive measures of educational character to children, as well as four supervisory functions: 6) supervision over persons conditionally released from criminal liability with a probationary period; 7) supervision over conditionally sentenced persons on probation; 8) supervision over parolees serving additional sentences; 9) probation supervision. The peculiarities of supervision over parolees are indicated. It is noted that Latvian legislation provides for the possibility of establishing both ordinary and electronic surveillance for persons applying for parole.

The author indicates the peculiarities of supervision over parolees. It is noted that Latvian legislation provides for the possibility of establishing both ordinary and electronic surveillance for persons applying for parole. It is noted that Latvian legislation provides for the possibility of establishing both ordinary and electronic surveillance for persons applying for parole.

The basic rights of officials and employees of the State Probation Service of Latvia and the responsibilities of convicts under the supervision of the Service, including the additional responsibilities of the convicts subjected to electronic supervision; the activity of the Advisory Council at the State Probation Service of Latvia and territorial advisory councils are considered as well.

It is concluded that Latvia has created the legal framework and mechanism for the implementation of both the punishments as an alternative to imprisonment and measures as an alternative to punishment (public sanctions); and other measures are being taken to implement the recommendations of the Council of Europe CM / Rec (2010) 1 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Rules on Probation, CM / Rec (2014) 4 of the Committee of Ministers to member states on electronic monitoring, CM / Rec (2017) 3 of the Committee of Ministers to member states on the European rules on public sanctions and measures.

Key words: probation, State Probation Service of Latvia, probation client, report on the evaluation of the probation client, probation programs, carrying out of forced labour, performing community service, probation supervision, electronic surveillance of convicts.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.50

УДК 343.131(477)

М.В. СІРОТКІНА

*Марія Вячеславівна Сіроткіна, кандидат юридичних наук, здобувач Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-7897-409X

ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ПРАВОВОГО КОМПРОМІСУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ

Постановка проблеми. Проблема вирішення питання про можливість та доцільність реалізації компромісу у кримінальному провадженні виникла не випадково. Компромід – це крок, за допомогою якого уможливується прийняття рішення за спірним питанням, щоб задовольнити сторони, які зацікавлені в його вирішенні. Крім того, за допомогою реалізації правового компромісу знаходять своє відображення у кримінальному провадженні засади поваги до людської гідності та гуманізму, які останнім часом набувають особливого значення.

Про доцільність укладання компромісу у кримінальному провадженні свідчить зарубіжний досвід, зокрема країн Західної Європи. Вони сьогодні працюють над удосконаленням юридичних норм на підставі чітко відпрацьованої системи стимулювання законослухняної поведінки колишніх правопорушників, намагаючись досягти максимально можливої злагоженості між державою та особами, які порушили закон, шляхом подальшого вдосконалення компромісних норм і розширення їхніх можливостей. Поняття компромісу у західному суспільстві втратило абстрактно-теоретичний характер і набуло інструментального змісту як засобу досягнення практичних цілей, які сприяють втіленню основних завдань кримінально-правової боротьби зі злочинністю. Це стає дійсно можливим лише після досягнення певних домовленостей між суб'єктами – учасниками компромісної угоди. Така форма компромісу зосереджує увагу на суб'єктивних вольових аспектах, свідомому й цілеспрямованому зближенні позицій сторін, а також регулює суперечні погляди¹.

Ступінь розробленості проблеми. Проблема сутності та змісту правового компромісу у кримінальному процесі практично не досліджувалася у доктрині науки кримінального процесу. Проте окремі аспекти сутності та змісту правового компромісу загалом у юридичній науці досліджувалися у роботах багатьох віт-

© М.В. Сіроткіна, 2020

* *Mariia Sirotkina, Ph.D. in Law, Applicant of the Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

чизняних та європейських науковців. Це – Х.Д. Алікперов, С.В. Бобровник, М.А. Зейналов, В.С. Кузьмічов, Є.О. Курта, Д.Г. Скотт, Г.О. Усатий, Я.Ю. Яніна.

Однак поняття та зміст правового компромісу у кримінальному процесі, а також різноманітні концептуальні підходи не піддавалися спеціальному дослідженню, що й зумовило актуальність даної статті.

Крім того, аналізуючи існуючі роботи, присвячені питанням застосування компромісу у кримінальному провадженні, не можна не звернути увагу на те, що досить часто термін «компроміс» використовується без роз'яснення його сутності. Крім того, не визначено поняття «компроміс у кримінальному провадженні». Для кращого розуміння поняття «правовий компроміс» необхідно насамперед розглянути, що являють собою такі поняття, як «компроміс» і «компроміс у кримінальному процесі».

Метою статті є дослідження поняття та змісту правового компромісу у кримінальному процесі, а також різноманітних концептуальних підходів до його розуміння.

Виклад основного матеріалу. У наукових джерелах існує досить багато визначень, адже термін «компроміс» – політичне, соціологічне й соціально-психологічне поняття, а сам компроміс як прикладний інструмент досягнення в конфліктних ситуаціях поставлених цілей із мінімальними втратами найчастіше використовується під час вирішення різних політичних, соціальних чи міжособистісних конфліктів².

Аналіз ряду юридичних досліджень вказує на те, що сучасні трактування правового компромісу з деякою часткою умовності можна розділити на дві групи. Перша із них об'єднує підходи, які мають яскраво виражений теоретичний характер. Правовий компроміс тут виступає фундаментальною політико-правовою ідеєю, що виявляє істотний вплив на розвиток юридичного вчення і формування правової ідеології³.

Так, В.В. Лапаєва схильна бачити в компромісі таке складне і багатогранне явище, як право. У своїх наукових працях вона зазначає, що право є завжди компроміс різних соціальних сил, що реалізують своє прагнення до свободи і справедливості⁴. Сюди ж можна віднести і пропозиції М.М. Вопленко, що виступає за теоретичне обґрунтування способу права як засобу і результату соціального компромісу і який вважає, що компроміс у праві – це цивілізована форма досягнення згоди між різними політичними силами⁵.

До другої групи доцільно віднести підходи, орієнтовані на практичний аспект реалізації компромісу в юридичній сфері. Тут увагу дослідників зосереджено на його інструментальній стороні. Правовому компромісу відводиться роль техніки вирішення конфліктних проблем⁶. Виходячи з потреб юридичної практики, його нерідко ототожнюють з процедурою в кримінальному судочинстві, способом вирішення кримінального судочинства тощо⁷.

У такому випадку серед характерних ознак, які притаманні саме правовому компромісу, варто виокремити такі:

- а) правовий компроміс опосередковується правовою формою (нормами права, правовими принципами, правовими процедурами тощо);
- б) правовий компроміс тягне юридичні наслідки для учасників суспільних відносин, у тому числі й у вигляді застосування до них заходів примусу для забезпечення його реалізації;
- в) правовий компроміс є однією з визначальних засад функціонування демократичного режиму, адже він є основою легітимзації влади;
- г) правовий компроміс є ефективним засобом упорядкування правових конфліктів;
- д) правовий компроміс є невід'ємною умовою будь-якої двосторонньої угоди у державах з демократичним ладом⁸.

Підбиваючи деякі підсумки, зазначимо, що правовий компроміс являє собою складне, багатогранне явище. Різноманіття соціально значущих відносин, на впорядкування яких він спрямований, а також цілі як держави, так і сторін конфлікту, зумовили появу великої кількості видів даного явища.

Водночас необхідність розвитку компромісів у кримінальному судочинстві зумовлена тенденціями розвитку кримінального судочинства, а саме посиленням ідеї «Паралельного розслідування», засади змагальності на досудовому розслідуванні, зміцненням механізму рівноваги захисту і обвинувачення⁹.

У кримінальному судочинстві також не існує однозначного тлумачення компромісу.

Зокрема, С.М. Туркота під «кримінально-процесуальним компромісом» має на увазі сукупність кримінально-процесуальних норм, що регулюють порядок реалізації правового компромісу (звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям і примиренням винного з потерпілим)¹⁰.

В.М. Верещак відносить це поняття до однієї стадії кримінального процесу – стадії судового розгляду¹¹.

Привертає увагу тлумачення, яке наводить О.Г. Добровольська, яка визначає сутність кримінально-процесуального компромісу крізь призму процесуальних норм, що регулюють процедуру укладення угоди між конфліктуючими сторонами¹².

В.В. Назаров розглядає компроміс як засіб вирішення кримінально-процесуальних конфліктів і визначає це поняття як врегулювання розбіжностей через взаємні поступки, бажання запобігти конфлікту шляхом взаємних поступок¹³.

Цікавою є дефініція «компромісу на досудовому слідстві» В.С. Кузьмічова та Є.О. Куртої, які визначають його як угоду між учасниками досудового слідства (а саме між слідчим і потерпілими, підозрюваними, обвинуваченими, свідками) на підставі взаємних поступок, укладання якої відбувається в порядку, врегульованому нормами кримінального та кримінально-процесуального законодавства, морально-етичними правилами з використанням криміналістичних прийомів із метою розв'язання завдань кримінального судочинства¹⁴.

Досить односторонньо підходить до застосування компромісу І.Г. Суботіна, яка зазначає, що поняття компромісу може бути розглянуте у кримінальному судочинстві лише як один із засобів вирішення конфлікту. Авторка підкреслює, що визначення компромісу як угоди, яка досягнута шляхом взаємних поступок, неможливо застосувати стосовно кримінально-процесуальної діяльності. Це пов'язано із властивою їй специфікою, яка полягає в характері процесуальних відношень (влада-підлеглість), що відбуваються, коли компетентні органи та посадові особи під час досудового слідства мають можливість впливати на реалізацію прав інших учасників кримінального процесу. Таким чином, на думку автора, додаткові обмеження прав учасників кримінального судочинства будуть суперечити меті судочинства та принципам моральності, справедливості, рівності учасників кримінального процесу¹⁵. Подібної думки притримується О. Юхно, який зазначає, що застосування компромісу в сучасному кримінальному процесі – це реальна необхідність, зумовлена сучасними вимогами суспільства та міжнародної спільноти до кримінального судочинства, яке повинно сприяти захисту прав та свобод людини і відповідати Конституції України¹⁶.

Але якщо поглянути уважніше, то можна зазначити, що завдяки взаємним поступкам розширюється коло прав та свобод учасників кримінального судочинства. Наприклад, у випадку звільнення від кримінальної відповідальності на підставі примирення обвинуваченого та потерпілого або у зв'язку з дійовим каяттям, усі сторони чимось поступаються, тобто поступки, які надаються – є взаємними. Таким чином, наприклад, звільняючи винну особу від кримінальної відповідальності через примирення з потерпілим, винному надається можливість виправлення без застосування кримінального примусу, а потерпілому – отримати відшкодування збитків, що відповідає встановленим принципам правосуддя.

Отже, можна погодитися із думкою В.С. Кузьмічова та Є.О. Курта, що компроміс на досудовому слідстві, як угода на підставі взаємних поступок, зазвичай має місце у кримінальному судочинстві і не суперечить принципам моральності, справедливості та рівності учасників кримінального судочинства, сприяє можливості усунення негативних наслідків злочину та прийняттю справедливого рішення у справі¹⁷.

Я.Ю. Яніна розуміє під процесуальним компромісом спосіб вирішення конфліктів кримінального судочинства, який досягається за допомогою взаємодопустимих поступок сторін обвинувачення і захисту¹⁸. У своїх працях Р.Г. Зорін визначає процесуальний компроміс як передбачене кримінально-процесуальним законом (що не суперечить) рішення компетентних належних осіб, які здійснюють кримінальне судочинство в інтересах підозрюваного, обвинуваченого з метою розкриття злочинів, притягнення до кримінальної відповідальності інших винних осіб, реалізації завдань кримінального процесу і встановлення об'єктивної істини у кримінальних справах¹⁹. І.А. Попова вважає процесуальним компромісом один із способів вирішення конфліктів кримінального судочинства, який реалізується за допомогою відповідних формальних процедур і пов'язаних з ними тактичних прийомів, а досягається в рамках чинного закону взаємними поступками сторін – учасниць конфлікту²⁰.

Ми ж розглядаємо компроміс насамперед як кримінально-процесуальну угоду, укладену між державними органами та їх посадовими особами (сторона обвинувачення), з одного боку, і іншими особами (сторона захисту) – з іншого боку, щодо яких, можливо, буде здійснюватися провадження у кримінальній справі. При цьому ряд вчених розглядають використання подібного компромісу у вирішенні раптово виниклого конфлікту (відносин) між заінтересованими учасниками.

Таким чином, аналізуючи різні підходи до поняття компромісу, можна з упевненістю зробити висновок, що це певне волевиявлення або бажання сторін вирішити правовий конфлікт при певних рівних умовах, поступках і взаємовигоді. Сторони бажують цього і готові відмовитися від частини своїх вимог, отримуючи певні взаємовигідні гарантії.

Однак необхідно враховувати, що будь-які погрози, шантаж, психологічний вплив на особу з метою отримання певних вигод, незнання слідчої ситуації, а також інші незаконні й корисливі мотиви не можуть розглядатися і застосовуватися як компроміс при прийнятті остаточних процесуальних рішень у кримінальній справі²¹.

Висновки. Таким чином, під кримінально-процесуальним компромісом варто розуміти окремий вид правового компромісу, суть якого полягає в тому, що це певне волевиявлення або бажання сторін вирішити кримінально-правовий конфлікт при певних рівних умовах, поступках і взаємовигоді сторін кримінального провадження.

Все вищевикладене дає змогу зробити наступні висновки про природу кримінально-процесуального компромісу:

1) кримінально-процесуальний компроміс є одним із законодавчо закріплених механізмів врегулювання конфлікту у кримінальному провадженні між сторонами захисту та обвинувачення;

2) інституціоналізація заохочувальних кримінально-процесуальних та компромісних норм, а також формування їх єдиної системи відображає тенденцію сучасного кримінального процесу до диференціації форм кримінального провадження в частині врегулювання у ньому компромісних процедур та зменшення у цьому аспекті тиску кримінальної репресії;

3) компроміс є одним із методів реалізації основних завдань кримінально-процесуальної політики, до числа яких належить: забезпечення пріоритетності прав і основних свобод людини та громадянина; суворе дотримання законності й правопорядку в кримінальній процесуальній діяльності; гуманізація кримінально-процесуального законодавства; підвищення рівня розвитку демократичності кримінального провадження;

соціальна справедливість кримінального провадження; утвердження ефективної та незалежної судової влади; відповідність європейським та світовим стандартам;

4) компроміс виражається у взаємних поступках сторін кримінального провадження. Сторони конфлікту добровільно йдуть на такий компроміс з метою досягнення своїх цілей, при цьому відмовляючись від раніше висунутих обвинувачень і позовних вимог. У даному випадку сторони йдуть на деякі вимушені поступки, виникають при цьому витрати, низка можливих негативних наслідків (так звана угода, умови якої всіх влаштовують);

5) реалізація кримінально-процесуального компромісу є можливою тільки в тому випадку, якщо даний правовий інститут повністю відповідає принципам кримінально-процесуального права, а позитивні наслідки поширюються на його сторони;

б) застосування компромісу можливо не завжди, а вибірково (альтернативно), якщо при цьому іншими засобами (процесуальними інструментами або процедурами) неможливо вирішити конфлікт, що виник. Тобто застосування компромісу у кримінальному провадженні виступає вимушеним заходом.

¹ Усатий Г.О. Компромис як засіб вирішення кримінально-правового конфлікту : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08; НАВСУ. Київ, 1999. С. 39.

² Аликперов Х.Д., Зейналов М.А., Курбанова К.Ш. Допустим ли компромисс в борьбе с преступностью? *Уголовное право*. 2001. № 3. С. 91–92.

³ Парфенов А.В. Понятие правового компромисса. Юридическая наука и практика. *Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2016. № 3 (35). С. 15.

⁴ Лапаева В.В. Социология права: в поисках новой парадигмы. *Государство и право*. 1992. № 7. С. 25.

⁵ Вопленко Н.Н. Очерки общей теории права: монография. Волгоград, 2009. С. 35.

⁶ Скотт Д.Г. Сила ума. Способы разрешения конфликтов. Санкт-Петербург : СПИКС, 1994. С. 7.

⁷ Янина Я.Ю. Теоретические и практические аспекты применения компромиссов для разрешения конфликтов предварительного следствия : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук 12.00.09. Калининград, 2007. С. 7

⁸ Парфенов А.В. Понятие правового компромисса. *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2016. № 3 (35), С. 17–18; Бобровник С.В. Правовий компроміс і правовий конфлікт як ціннісні виміри права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 111.

⁹ Янина Я.Ю. Теоретические и практические аспекты применения компромиссов для разрешения конфликтов предварительного следствия : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Калининград, 2007. С. 4–5.

¹⁰ Туркога С.С. Правовий компроміс у кримінальному судочинстві. *Право України*. 2001. № 12. С. 71.

¹¹ Верещак В.М. Судовий компроміс у кримінальному судочинстві. *Вісник Верховного Суду України*. 2000. № 1. С. 41–43.

¹² Добровольська О.Г. Провадження на підставі угод і компромісів у кримінальному процесі України. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 2. С. 299–300.

¹³ Назаров В.В. Виникнення кримінально-процесуальних конфліктів та способи їх усунення на стадії попереднього розслідування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09; Національна академія внутрішніх справ України. Київ, 2000. С. 8.

¹⁴ Кузьмічов В.С., Курта С.О. Компромис на досудовому слідстві (криміналістичний аспект) : монографія. Київ : КНТ, 2007. С. 12.

¹⁵ Субботина И.Г. Нравственные начала предварительного расследования: учеб. пособ. Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2003. С. 78.

¹⁶ Юхно О.О. Актуальні проблеми компромісу в досудовому розслідуванні при застосуванні нового Кримінального процесуального кодексу України. *Міжнародний науково-практичний правовий журнал «Закон і життя»*. 2012. № 8. С. 19.

¹⁷ Кузьмічов В.С., Курта С.О. Компромис на досудовому слідстві (криміналістичний аспект) : монографія. Київ : КНТ, 2007. С. 26–27.

¹⁸ Янина Я.Ю. Теоретические и практические аспекты применения компромиссов для разрешения конфликтов предварительного следствия : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Калининград, 2007. С. 11.

¹⁹ Зорин Р.Г. Криминалистические и уголовно-процессуальные аспекты допустимости компромисса в уголовном судопроизводстве. URL: <http://www.rusnauka.com>

²⁰ Попова И.А., Полстовалов О.В. Тактико-криминалистическое обеспечение компромиссных процедур в уголовном судопроизводстве: учеб. пособ. Москва: ГД РФ, 2012. С. 100.

²¹ Макарейко Н.В. Государственное принуждение как средство компромисса. *Материалы Пярых Бабаевских чтений «Компромисс в праве: теория, практика, техника»*. Н. Новгород, 2014. Т. 2. С. 118–120, 495–501.

Резюме

Сіроткіна М.В. Поняття та зміст правового компромісу у кримінальному процесі: концептуальні підходи.

Стаття присвячена дослідженню поняття та змісту правового компромісу у кримінальному процесі. Аналізуються концептуальні підходи до розуміння суті та змісту правового компромісу як у юридичній науці загалом, так і доктрині кримінального процесу зокрема. Констатується факт того, що проблема сутності та змісту правового компромісу у кримінальному процесі практично не досліджувалася вітчизняною доктриною науки кримінального процесу.

У ході дослідження зроблено висновок, що під кримінально-процесуальним компромісом варто розуміти окремий вид правового компромісу, суть якого полягає в тому, що це певне волевиявлення або бажання сторін вирішити кримінально-правовий конфлікт при певних рівних умовах, поступках і взаємовигіді сторін кримінального провадження.

Ключові слова: компроміс, конфлікт, правовий компроміс, кримінальне провадження.

Резюме

Сироткина М.В. Понятие и сущность правового компромисса в уголовном процессе: концептуальные подходы.

Статья посвящена исследованию понятия и сущности правового компромисса в уголовном процессе. Анализируются концептуальные подходы к пониманию сути и содержания правового компромисса как в юридической науке в целом, так и доктрине уголовного процесса в частности. Констатируется факт того, что проблема сущности и содержания правового компромисса в уголовном процессе практически не исследовалась отечественной доктриной науки уголовного процесса.

В ходе исследования сделан вывод, что под уголовно-процессуальным компромиссом следует понимать отдельный вид правового компромисса, суть которого заключается в том, что это определенное волеизъявление или желание сторон решить уголовно-правовой конфликт при равных условиях, поступках и взаимной выгоде сторон уголовного производства.

Ключевые слова: компромисс, конфликт, правовой компромисс, уголовное производство.

Summary

Mariia Sirotkina. Concept and content of legal compromise in criminal procedure: conceptual approaches.

This article is devoted to the study of the concept and the content of legal compromise in criminal procedure. There are analysed conceptual approaches to understanding the essence and the content of legal compromise both in legal science in general and in the doctrine of criminal procedure in particular. It is stated that the problem of the essence and the content of legal compromise in the criminal procedure has not been almost studied by the domestic doctrine of the science of criminal procedure.

In the course of research, it is made a conclusion that a criminal procedure compromise should be understood as a separate type of legal compromise, which essence consists in a certain expression of will or desire of the parties to resolve the criminal law conflict under certain equal conditions, concessions and mutual benefits of the parties.

Conclusions were drawn regarding the nature of the criminal procedural compromise: 1) criminal procedural compromise is one of the legally established mechanisms for resolving a conflict in criminal proceedings between the parties to the defense and the prosecution; 2) institutionalization of incentive criminal procedural and compromise provisions, as well as the formation of the unified system thereof, reflects the tendency of the modern criminal procedure to differentiate the forms of criminal proceedings with respect to settling compromise procedures therein and reducing the pressure of criminal repressions; 3) compromise is one of the methods of realization of the general tasks of the criminal procedural policy, as following: ensuring the priority of human and civil rights and fundamental freedoms; strict observance of law and order in criminal procedural activity; humanization of criminal procedural legislation; increasing the level of democratic development of criminal proceedings; social justice of criminal proceedings; establishment of an effective and independent judiciary; compliance with European and world standards; 4) compromise is expressed in mutual concessions of the parties to criminal proceedings. The parties to the conflict voluntarily agree to such a compromise in order to achieve their goals, refusing the earlier accusations and claims. In this case, the parties make some forced concessions, there are costs, a number of possible negative consequences (a so-called agreement, the terms of which suit everyone); 5) realization of a criminal procedural compromise is possible in case of fully complies of such legal institution with the principles of criminal procedural law, and the positive consequences extend to parties thereof; 6) applying a compromise might not be always possible, but selectively (alternatively) if other methods to resolve conflict (procedural tools or procedures) are impossible. That is applying a compromise in criminal proceedings is a compulsory measure.

Key words: compromise, conflict, legal compromise, criminal proceedings.

О.С. ХОВПУН, О.В. ДОМБРОВСЬКА, Г.В. МУЛЯР

*Олексій Сергійович Ховпун, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри Академії праці, соціальних відносин і туризму, доцент**

ORCID: 0000-0002-5753-966X

*Оксана Валентинівна Домбровська, кандидат юридичних наук, доцент Академії праці, соціальних відносин і туризму***

ORCID: 0000-0002-8970-5482

*Галина Володимирівна Муляр, кандидат історичних наук, доцент, доцент Академії праці, соціальних відносин і туризму****

ORCID: 0000-0003-2636-0509

**КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ:
ОСОБЛИВОСТІ РОЗСЛІДУВАННЯ**

Постановка проблеми. Інформація в сучасному світі визнається рушійною силою технічного, наукового, соціального, економічного прогресів. У зв'язку з вказаним, особлива увага приділяється законодавчому регулюванню інформаційних процесів. Суспільна заінтересованість та швидкий розвиток інформаційних технологій порушує питання ефективного функціонування механізмів правового захисту суб'єктів інформаційних посягань.

Вдосконалення інформаційних технологій призводить до такого негативного явища, як несанкціонований доступ до інформації, спричиняючи значну матеріальну і моральну шкоду фізичним та юридичним особам. Кількість кримінальних правопорушень у цій сфері постійно збільшується, тому зазначене явище впливає на інформаційну безпеку в цілому. Причинами росту кримінальних правопорушень у сфері інформаційних технологій слід визнати: недосконалість законодавчих норм та повільний темп процесу інформатизації у кримінально-процесуальній сфері. Особлива увага приділяється кримінально-правовій охороні інформації, а протидія кримінальним правопорушенням у цій сфері є питанням малодослідженим та актуальним.

З одного боку, держава надає конституційно закріплену можливість отримувати, користуватись та розпоряджатись інформацією, а з іншого – створює правові механізми захисту інформації, у тому числі в кримінальному провадженні.

Розслідування злочинів у сфері інформаційних технологій потребує від осіб, які уповноважені на проведення розслідування, спеціальних знань, уваги до деталей та створення надійних прийомів і методів, які сприятимуть швидкому, повному та всебічному розслідуванню кримінальних проваджень.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Науковою основою даної статті стали праці таких українських науковців, як О. Амелін, Н.С. Козак, О.В. Курман, В.В. Топчій, Д.М. Тичина, а також інших дослідників, які розглядали проблематику розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосування інформаційних технологій. Однак частина проблемних питань потребує розгляду та більш детального наукового уточнення. Проблема розслідування кримінальних проваджень інформаційного напрямку стає більш актуальною через швидкий розвиток інформаційних технологій. Вивчення питання розслідування кримінальних правопорушень, які вчиняються з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, залишається не розробленою до кінця.

Виклад основного матеріалу. Кримінальні правопорушення, які пов'язані з застосуванням електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електровз'язку, є правопорушеннями з підвищеною небезпекою, оскільки завдають збитків не тільки порядку використання інформаційно-телекомунікаційних мереж, а й шкодять правам та законним інтересам громадян, підривають авторитет органів державної влади.

© О.С. Ховпун, О.В. Домбровська, Г.В. Муляр, 2020

* *Oleksii Khovpun, Ph.D. in Law, Associate Professor, Head of the Department of the Academy of Labor, Social Relations and Tourism*

** *Oksana Dombrovaska, Ph.D. in Law, Associate Professor of the Academy of Labor, Social Relations and Tourism*

*** *Galyna Muliar, Ph.D. in History, Associate Professor, Associate Professor of the Academy of Labor, Social Relations and Tourism*

Суспільна небезпека кримінальних правопорушень у сфері інформаційних технологій пов'язана з особами, які їх скоюють, а також використанням інформації як способу та засобу злочинного діяння. Вказані обставини суттєво знижують рівень кримінально-правової охорони суспільних відносин у сфері правомірного використання інформаційно-телекомунікаційних мереж.

Інформація виступає як спосіб скоєння кримінальних правопорушень, переважно за допомогою погроз, обману, з метою передачі даних, які наносять шкоду потерпілим особам. Інформація як засіб визначається в якості недостовірних даних, які використовує особа з метою впливу на предмет злочинного посягання; є частиною об'єктивної сторони кримінального правопорушення та допомагає в реалізації умислу.

Інформаційно-телекомунікаційні мережі як засіб злочинного діяння являють собою системи для збереження та передачі даних лініями зв'язку. Обов'язковим елементом є використання техніки (комп'ютери, планшетні телефони тощо).

Закон України «Про інформацію» надає визначення інформації як будь-яким відомостям та/або даним, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Кожен має право на інформацію, що передбачає можливість вільного одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації, необхідної для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів¹. Будь-яке втручання, розповсюдження інформації без належного дозволу забороняється.

До числа кримінальних правопорушень, які пов'язані з використанням електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електров'язку, слід віднести: несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електров'язку (ст. 361); створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут (ст. 361-1); несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації (ст. 361-2); несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї (ст. 362); порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електров'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється (ст. 363); перешкоджання роботі електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електров'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електров'язку (ст. 363-1)².

Зазначений перелік кримінальних правопорушень зв'язує їх вчинення з інформаційними технологіями, але Кримінальним кодексом України (далі – КК) передбачені правопорушення, які не належать до розділу XVI цього Кодексу. При цьому у таких діяннях інформаційні технології використовуються як засіб вчинення. До прикладу, порушення недоторканності приватного життя (ст. 182 КК) – злочинець має можливість шляхом збирання, зберігання, використання, знищення поширити конфіденційну інформацію шляхом використання інформаційних технологій; шахрайство (ст. 190 КК) може вчинятись із використанням електронно-обчислювальної техніки та інші види правопорушень.

Н.С. Козак у науковій статті «Кримінально-правова характеристика електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електров'язку» акцентує увагу на підвищеній суспільній небезпеці категорії кримінальних правопорушень, які посягають на інформаційні відносини. Злочинець завдає або спробує завдати шкоди тим відносинам, для інтенсифікації яких використовуються інформаційні технології. Предметом таких правопорушень є інформація з обмеженим доступом різного змісту, наприклад, про приватне життя осіб, лікарську, державну таємницю тощо³. Ми погоджуємось з думкою Н.С. Козак, що інформаційні правопорушення, пов'язані з вчиненням діянь у різних сферах суспільного життя особи, потребують захисту від посягань з боку держави в особі її органів.

Покращити розслідування кримінальних правопорушень у вказаній сфері покликана Конвенція про кіберзлочинність, основною метою якої визначено підвищення ефективності кримінальних розслідувань і переслідувань, що стосуються кримінальних правопорушень, пов'язаних із комп'ютерними системами та даними, і для надання можливості збирання доказів, що стосуються кримінального злочину, в електронній формі⁴.

Як зазначає О. Амелін у праці «Визначення кіберзлочинів у національному законодавстві», визначення кібернетичної безпеки як самостійної сфери національної безпеки дасть змогу формувати засади державної політики у сфері забезпечення кібернетичної безпеки України шляхом визначення основних реальних і потенційних загроз національній безпеці кібернетичного характеру, основних напрямів державної політики та основних функцій суб'єктів щодо забезпечення національної безпеки в цій сфері. Науковець пропонує закріпити в нормативно-правових актах основоположні поняття, такі як «кібернетична безпека (кібербезпека)», «кібернетичний простір (кіберпростір)», «кібернетична злочинність (кіберзлочинність)», «електронний доказ (електронний речовий доказ)»⁵.

Ми вбачаємо, що позиція О. Амеліна знайшла своє відображення не тільки у теоретичних рекомендаціях, а й в практичному застосуванні. 1 вересня 2020 р. у Верховній Раді України зареєстровано проект Закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю та використання електронних доказів», яким приділяється увага електронним доказам (фото, записи в соцмережах, електронні листи, віртуальні активи та інше); питанню електронних доказів та спеціальної конфіскації; звертається увага на особливості призначення та проведення тимчасового

доступу до інформації в електронній (цифровій) формі, речей та документів⁶. У законопроекті особливе місце займає захист електронної інформація в кримінальному провадженні.

О.В. Курман у науковій статті «Груповий метод розслідування злочинних посягань на відносини у сфері інформаційних технологій» наголосив на тому, що майже всі державні органи й установи зберігають (дублюють) службову інформацію в електронному вигляді. Науковець вбачає проблему в тому, що кіберзахисту та безпеці електронних систем та комп'ютерних мереж не приділяється належна увага. О.В. Курман зазначає, що рівень захищеності від стороннього несанкціонованого проникнення до електронних ресурсів та втручання в роботу державних установ і органів вкрай низький⁷. Ми підтримуємо думку, що захист службової інформації від несанкціонованого втручання та розповсюдження потребує більш пильної уваги та надійного захисту.

В.В. Топчій та Д.М. Тичина в науковій праці «Запобігання використанню сучасних інформаційних технологій у злочинних цілях» визначили, що початковим етапом боротьби з комп'ютерною злочинністю є інформаційно-аналітична робота. Науковці вважають, що боротьба з комп'ютерною злочинністю сьогодні ще далека від досконалості. Це пов'язано передусім із відсутністю необхідної кримінологічно значимої інформації про її масштаби та поширення, яку отримують у результаті проведення цілеспрямованих і поглиблених досліджень. Окрему увагу науковці приділяють законодавчій роботі під час захисту від комп'ютерних злочинів, яка спрямована на створення нормативних актів, що регулюють формування, використання і захист інформації конфіденційного характеру (законодавче врегулювання діяльності суб'єктів інформаційного обігу, пов'язаного з персональними даними (відомостями про громадян), комерційною, службовою, банківською, професійною таємницею тощо)⁸.

Науковці виділяють як етап боротьби інформаційно-аналітичну роботу, яка повинна виявити причини та умови комп'ютерних правопорушень; стати засобом профілактики правопорушень у цій сфері.

Під час проведення розслідування важливо встановити дані, які допоможуть притягнути винних до відповідальності. До такої інформації слід віднести: спосіб доступу до комп'ютерної системи і носіїв інформації; вид та значення інформації, на яку вчинено посягання; особу, яка мала можливість вчинення кримінального правопорушення (доступ, знання, навички).

Слідчий має скласти план, в якому необхідно проаналізувати слідчі версії вчиненого діяння, зазначивши перелік початкових та подальших слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, організаційних заходів, тактичних прийомів проведення та інше. Обов'язковим елементом розслідування злочинів у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж слід вважати найбільш типові версії, які максимально достовірно підходять до ситуації.

До основних причин скоєння комп'ютерних кримінальних правопорушень слід віднести: отримання матеріальної вигоди; порушення інтелектуального права особи; особиста неприязнь; вчинення незаконних дій з хуліганським мотивом.

Під час проведення розслідування необхідно враховувати, що збирання доказів має бути із законних джерел та з дотриманням усіх правил кримінально-процесуального законодавства. Докази мають зберегти усі юридичні властивості: належність, допустимість, достовірність та достатність. Слідчі (розшукові) дії, які сприяють розкриттю кримінального правопорушення: допит потерпілих, свідків; огляд місця події; обшук; тимчасовий доступ до речей та документів; призначення експертизи. У процесі проведення таких дій доцільно залучати фахівця, який володіє спеціальними знаннями.

Саме такий вектор досудового розслідування слід обирати в разі вчинення особою кримінальних правопорушень у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку.

Перспективними напрямками розглянутої тематики можуть стати: 1) впровадження електронних доказів в кримінальне провадження (поняття, види, отримання та використання у кримінальному провадженні); 2) закріплення на законодавчому рівні наступних термінів: «кібернетична безпека», «кібернетичний простір», «кібернетична злочинність».

Висновки. Під кримінальними правопорушеннями, які вчиняються з використанням інформаційно-телекомунікаційних мереж, слід розуміти діяння у сфері правомірного використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку.

Процес розслідування кримінальних правопорушень у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку потребує формування слідчих версій та їх відпрацювання залежно від події. Правильний вектор розслідування має створити умови для прийняття правильного рішення у кримінальному провадженні.

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 Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#top>

³ Козак Н.С. (2013) Кримінально-правова характеристика електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку: зб. наук. праць Ірпінської фінансово-юридичної академії (економіка, право). 2013. Вип. 2. С. 154–159.

⁴ Конвенція про кіберзлочинність. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2006. № 5–6. Ст. 71, 07.09.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575#Text

⁵ Амелін О. Визначення кіберзлочинів у національному законодавстві. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 3. С. 1–10.

⁶ Проект Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю та використання електронних доказів № 4004 від 1.09.2020 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69771

⁷ Курман О.В. Груповий метод розслідування злочинних посягань на відносини у сфері інформаційних технологій. *Право і суспільство*. 2018. № 4. С. 252–256.

⁸ Топчій В.В., Тичина Д.М. Запобігання використанню сучасних інформаційних технологій у злочинних цілях. *Правовий часопис Донбасу*. 2018. Т. № 1 (62). С. 159–166.

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>

Резюме

Ховпун О.С., Домбровська О.В., Муляр Г.В. Кримінальні правопорушення у сфері інформаційних технологій: особливості розслідування.

Інформація в сучасному світі визнається рушійною силою прогресу. Швидкий розвиток інформаційних технологій порушує питання ефективного функціонування механізмів правового захисту суб'єктів інформаційних посягань у кримінальному провадженні. Держава створює обставини, за яких кожен має право отримувати, користуватись та розпоряджатись інформацією, в тому числі розробляє правові механізми захисту інформації.

У науковій статті розглядається питання кримінальних правопорушень, які пов'язані з використанням електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку. Досліджуються деякі аспекти розслідування такої категорії кримінальних правопорушень. Акцентується увага на тому, що інформація виступає як спосіб скоєння кримінальних правопорушень, а інформаційно-телекомунікаційні мережі – як засіб злочинного діяння.

Ключові слова: інформація, інформаційні технології, розслідування, кримінальні правопорушення у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку, кримінальне провадження.

Резюме

Ховпун А.С., Домбровская О.В., Муляр Г.В. Уголовные правонарушения в сфере информационных технологий: особенности расследования.

Информация в современном мире признается движущей силой прогресса. Быстрое развитие информационных технологий поднимает вопрос эффективного функционирования механизмов правовой защиты субъектов информационных посягательств в уголовном производстве. Государство создает обстоятельства, при которых каждый имеет право получать, пользоваться и распоряжаться информацией, в том числе разрабатывает правовые механизмы защиты информации.

В научной статье рассматривается вопрос уголовных правонарушений, связанных с использованием электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей, и сетей электросвязи. Исследуются некоторые аспекты расследования такой категории уголовных преступлений. Акцентируется внимание на том, что информация выступает как способ совершения уголовных преступлений, а информационно-телекоммуникационные сети – как средство преступного деяния.

Ключевые слова: информация, информационные технологии, расследования, уголовные правонарушения в сфере использования электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей и сетей электросвязи, уголовное производство.

Summary

Oleksii Khovpun, Oksana Dombrovska, Galyna Muliar. Criminal offenses in the field of information technology: features of the investigation.

Information in the modern world is recognized as the driving force of progress. The rapid development of information technology raises the question of the effective functioning of the mechanisms of legal protection of the subjects of information encroachments in criminal proceedings. The state creates circumstances in which everyone has the right to receive, use and dispose of information, including the development of legal mechanisms for the protection of information.

The scientific article deals with criminal offenses related to the use of computers, systems and computer networks and telecommunication networks. Some aspects of the investigation of this category of criminal offenses are investigated. Emphasis is placed on the fact that information acts as a way of committing criminal offenses, and information and telecommunication networks as a means of criminal activity.

Improvements in information technology lead to such a negative phenomenon as unauthorized access to information, causing significant material and moral damage to individuals and legal entities. The number of criminal offenses in this area is constantly increasing, so this phenomenon affects information security in general. The reasons for the growth of criminal offenses in the field of information technology should be recognized: the imperfection of legislation and the slow pace of the informatization process in the criminal procedure sphere.

The reasons for the growth of criminal offenses in the field of information technology should be recognized: the imperfection of legislation and the slow pace of the informatization process in the criminal procedure sphere.

The investigation of crimes in the field of information technology requires from those authorized to conduct investigations, special knowledge, attention to detail and the development of reliable techniques and methods that will facilitate a rapid, complete and comprehensive investigation of criminal proceedings.

The provisions of the Law of Ukraine “On Information”, the draft Law “On Amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine to Improve the Effectiveness of the Fight against Cybercrime and the Use of Electronic Evidence”, the Convention on Cybercrime are analyzed.

Promising areas of research may be: 1) the introduction of electronic evidence in criminal proceedings (concepts, types, their receipt and use in criminal proceedings); 2) enshrining at the legislative level the following terms: “cyber security”, “cyberspace”, “cybercrime”.

Key words: information, Information Technology, investigation, criminal offenses in the field of use of computers, systems and computer networks and telecommunication networks, criminal proceedings.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.52

УДК 343.13

Т.О. ЧАСОВА, М.А. САВЧУК

*Тетяна Олександрівна Часова, кандидат юридичних наук, доцент Академії праці, соціальних відносин і туризму, адвокат**

ORCID: 0000-0002-0293-6123

*Марина Анатоліївна Савчук, адвокат***

ORCID: 0000-0002-3467-4690

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ТА СВОБОД ОСОБИ ПІД ЧАС ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ

Постановка проблеми. Основним із пріоритетних напрямів розвитку кримінально-процесуального законодавства в умовах сучасності є збереження прав, свобод та законних інтересів особи в кримінальному провадженні. Інститут підозри повинен поєднувати не тільки можливість на підставі зібраних доказів обґрунтовано підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення, а й дотримуватись процесуальних прав осіб у кримінальному провадженні. Останнім часом особлива увага приділяється положенням кримінально-процесуального законодавства, що здійснюють неабиякий вплив на підвищення загального рівня забезпечення прав та інтересів особи, які зазнають кримінального переслідування з боку органу досудового розслідування, вручаючи особі повідомлення про підозру; оскарження повідомлення про підозру.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Науковою основою даної статті стали праці таких українських науковців, як Ю. Аленін, А.В. Андрейчук, Н.І. Бровко, Н. Глинська, І. Головюк, А. Дерев'яно, Л. Лобойко, Н. Максименко, С.І. Сімакова, І.І. Холондович, О. Шило, а також інших дослідників, які займалися аналізом питань дотримання прав та законних інтересів особи під час повідомлення про підозру. При цьому низка питань потребує дослідження та більш детального наукового уточнення, особливо під час аналізу тематики, пов'язаної з повідомленням особі про підозру.

Виклад основного матеріалу. Процесуальний аспект повідомлення про підозру знаходить своє відображення у ст. ст. 276–279 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК)¹ та потребує вдосконалення механізмів щодо охорони прав і свобод осіб, забезпечення доступу до правосуддя, дотримання законності у кримінальному провадженні.

Інститут підозри являє собою сукупність взаємопов'язаних норм, які певною мірою забезпечують участь особи в кримінальному провадженні, але одночасно повинні забезпечувати реалізацію прав та законних інтересів особи. Підозра є твердженням органу досудового розслідування щодо взаємозв'язку між особою та кримінальним правопорушенням за допомогою процесуального закріплення. Таке твердження може ґрунтуватись лише на основі зібраних доказів у матеріалах провадження.

Конституція України визнає людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю (ст. 3)². Держава має обов'язок створити умови для реалізації прав та законних інтересів особи. У кримінальному провадженні особі, якій повідомлено про підозру, має бути забезпечено дотримання основних конституційних положень. Набуття статусу «підозрюваної» не є підставою для утиску її прав та законних інтересів, а лише означає те, що орган досудового розслідування має підстави вважати, що особа причетна до вчинення кримінального правопорушення.

Серед основних вимог, передбачених кримінально-процесуальним законодавством, які дозволять притягнення особи до відповідальності шляхом повідомлення про підозру, слід віднести: 1) наявність ознак кримінального правопорушення; 2) притягнення в якості підозрюваного лише уповноваженою посадовою особою; 3) дотримання правильного процедурного механізму повідомлення особі про підозру; 4) відсутність сумнівів та оцінка дій особи ґрунтується на підставі зібраних доказів у кримінальному провадженні.

Сутність підозри визначається поєднанням двох її складових частин: з одного боку, – це проведення перевірки посадовими особами органу досудового розслідування відносно підозрюваної особи; з іншого –

© Т.О. Часова, М.А. Савчук, 2020

* *Tetiana Chasova, Ph.D. in Law, Associate Professor of the Academy of Labor, Social Relations and Tourism, attorney*

** *Maryna Savchuk, attorney*

надання підозрюваному можливостей реалізації їх прав та законних інтересів. У будь-якому випадку орган досудового розслідування певною мірою обмежує права підозрюваної особи. Наприклад, у частині обрання щодо особи запобіжного заходу, але такий захід не повинен порушувати прав підозрюваної особи.

Сам процесуальний документ зберігає свою форму в разі наявності усіх обов'язкових елементів: даних щодо особи, яка здійснює повідомлення про підозру; анкетні відомості особи; номер кримінального провадження, у межах якого здійснюється повідомлення; зміст підозри; кваліфікація кримінального правопорушення; виклад фактичних обставин кримінального правопорушення; права підозрюваного; підпис слідчого/прокурора, який здійснює повідомлення³.

Повідомлення особи про підозру потрібно умовно розділити на наступні етапи: 1) збирання та оцінка доказів, які дають можливість об'єктивно повідомити особу про підозру; 2) процесуальне оформлення підозри шляхом складення документів; 3) повідомлення особи, якій необхідно вручити процесуальний документ – підозру; 4) вручення підозри та роз'яснення прав і обов'язків у якості підозрюваної особи; 5) допит підозрюваного. Кожний етап має свої особливості проведення та потребує забезпечення прав і свобод особи на різних стадіях.

Дослідженню проблем, які виникають у зв'язку з повідомленням особі про підозру, приділяють увагу науковці, надаючи певні рекомендації щодо вирішення таких проблем. Ю.П. Аленін та І.В. Гловюк у науковій праці «Повідомлення про підозру: загальна характеристика та проблеми удосконалення» (2014 р.) зазначають, що акт повідомлення особи про підозру має важливе значення, оскільки він служить одним із засобів забезпечення невідворотності відповідальності осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, а в наступному обґрунтована підозра дозволяє суду призначити таким особам справедливе покарання відповідно до характеру й тяжкості вчиненого кримінального правопорушення⁴. Науковець звертає увагу на обґрунтованість підозри як на обов'язковий елемент призначення покарання особі. Питання обґрунтованості підозри напряму стосується належності та допустимості доказів на стадії досудового розслідування.

Н. Глинська, Л. Лобойко, О. Шило у праці «Повідомлення про підозру: правомірність застосування порядку, передбаченого КПК для вручення повідомлень» (2017 р.) дійшли висновку, що акт повідомлення особи про підозру має суттєве значення як для кримінального провадження в цілому (з моменту повідомлення про підозру розпочинається стадія притягнення до кримінальної відповідальності – п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК, з цього моменту рахують строки досудового слідства – ст. 219 КПК), так і для особи, якій здійснене це повідомлення, – набуття статусу підозрюваного (ч. 1 ст. 42 КПК). Наявність в особи статусу підозрюваного є умовою для застосування щодо неї запобіжних та інших заходів забезпечення кримінального провадження, в результаті чого можуть мати місце істотні обмеження прав і свобод⁵.

Н. Максименко у статті «Поняття та правова природа підозри» (2018 р.) надала визначення терміна «підозра». Науковець зазначила, що підозрою в кримінальному процесуальному значенні слід розуміти зумовлене змістом та задачами кримінальної процесуальної діяльності та перевірене у процесі досудового розслідування, підтверджене доказами твердження органів досудового розслідування (слідчого, прокурора) про можливу причетність конкретної особи до вчинення правопорушення, що зумовлює виникнення особливих правовідносин між стороною обвинувачення та стороною захисту і має формальне вираження у процесуальному документі – повідомленні про підозру⁶.

А.І. Дерев'янку в науковій статті «Проблемні питання забезпечення права підозрюваного на захист на стадії досудового розслідування» (2019 р.) порушено питання забезпечення права підозрюваного на захист на стадії досудового розслідування. Національне законодавство, пройшовши тривалий шлях удосконалення, відображає низку елементів найкращого світового досвіду і відповідає демократичним стандартам, але не можна сказати, що воно є досконалим. А.І. Дерев'янку зазначає, що існуюча в Україні проблема обмеженості захисту в просторово-часовому вимірі знаходить свій прояв у систематичних порушеннях права на захист у кримінальному провадженні як необхідної складової справедливого судочинства⁷. Вказана позиція є актуальною, а питання забезпечення прав підозрюваного після повідомлення про підозру набуває особливого значення.

А.В. Андрейчук у роботі «Правова природа повідомлення про підозру» (2103 р.) підкреслює, що повідомлення про підозру слід розглядати з різних сторін: як інститут кримінального процесуального права; як процесуальний акт, що характеризує процесуальну діяльність; 3) як процесуальний документ, який формує зміст підозри; 4) як повідомлення у кримінальному провадженні; 5) як процесуальне рішення; 6) як етап досудового провадження⁸.

В умовах реформування кримінального законодавства привертає увагу інститут повідомлення про підозру за кримінальні проступки. Н.І. Бровко та С.І. Сімакова в науковій статті «Інститут кримінальних проступків як механізм спрощеного порядку досудового розслідування» (2020 р.) звернули увагу саме на процедурний механізм такого повідомлення, описуючи його особливості. Науковці зазначили, що письмове повідомлення про підозру в учиненні кримінального проступку складається дізнавачем за погодженням із прокурором у випадках та порядку, передбачених КПК. Спрощений порядок повідомлення про підозру дасть змогу зменшити навантаження на органи досудового розслідування та забезпечити швидке розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів⁹.

Ми погоджуємось з науковцями, що основною ідеєю розмежування кримінальних проступків та злочинів є зменшення навантаження на слідчих та створення нової категорії суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності – дізнавачів. Вказані зміни допомогли розглядати повідомлення про підозру у кримінальних про-

ступках як спрощену процедуру притягнення до кримінальної відповідальності у кримінальному провадженні.

Як зазначає І.І. Холондович у науковій статті «Підстави оскарження повідомлення про підозру у кримінальному провадженні» (2019 р.), кримінальний процесуальний закон пов'язує початкову стадію притягнення особи до кримінальної відповідальності з повідомлення про підозру, а тому визначає зазначену стадію як процесуальну дію, що є засобом забезпечення невідворотності відповідальності осіб, які вчинили кримінальне правопорушення¹⁰. Науковець наголошує, що поняття «обґрунтованість підозри» для місцевих судів здебільшого визначається думкою прокурора під час обрання підозрюваному запобіжного заходу. Сама підозра має ґрунтуватись на належних та допустимих доказах, а тому згадувати про обґрунтованість такої дії слід не тільки під час обрання запобіжного заходу підозрюваному.

Висновки. Необхідно зробити висновок, що підозра – це сукупність взаємопов'язаних правових норм, які підтверджують причетність особи до кримінального правопорушення та одночасно можливість підозрюваної особи реалізувати свої права та законні інтереси. Підозра має бути закріплена за допомогою наявних процесуальних дій та рішень, які відповідають вимогам, заявленим до доказів.

Слід виділити етапи повідомлення про підозру, серед яких: збирання та оцінка доказів, які дають можливість об'єктивно повідомити особу про підозру; процесуальне оформлення підозри шляхом складення документів; повідомлення особи, якій необхідно вручити підозру; вручення підозри та роз'яснення прав і обов'язків в якості підозрюваної особи; допит підозрюваного. Розмежування етапів допомагає приділити кожному з них більше уваги та уникнути процесуальних порушень.

Особлива увага приділяється положенням кримінально-процесуального законодавства в частині забезпечення прав та законних інтересів особи під час повідомлення про підозру у кримінальному провадженні.

¹ 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>

² Конституція України: прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-ВР>

³ 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>

⁴ Алєнін Ю.П., Гловюк І.В. Повідомлення про підозру: загальна характеристика та проблеми удосконалення. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/50595392.pdf>

⁵ Глинська Н., Лобойко Л., Шило О. Повідомлення про підозру: правомірність застосування порядку, передбаченого КПК для вручення повідомлень. *Юридичний вісник України*. 2017. № 45.

⁶ Максименко Н. Поняття та правова природа підозри. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 7. URL: <http://pgr-journal.kiev.ua/archive/2018/7/30.pdf>

⁷ Дерев'яно А.І. Проблемні питання забезпечення права підозрюваного на захист на стадії досудового розслідування. *Право і суспільство*. 2019. URL: http://pravoіsuspilstvo.org.ua/archive/2019/4_2019/44.pdf

⁸ Андрейчук А.В. Правова природа повідомлення про підозру. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2013. Вип. 1(3). С. 259–271.

⁹ Бровко Н.І., Сімакова С.І. Інститут кримінальних проступків як механізм спрощеного порядку досудового розслідування. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 3. С. 298–301. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/74.pdf

¹⁰ Холондович І.І. Підстави оскарження повідомлення про підозру у кримінальному провадженні. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Вип. 5. Т. 2. С. 263–267.

Резюме

Часова Т.О., Савчук М.А. Забезпечення прав та свобод особи під час повідомлення про підозру.

У статті приділяється увага інституту повідомлення про підозру у кримінально-процесуальному законодавстві, а саме: проблемним питанням, які виникають під час здійснення такої процесуальної дії. Зазначається, що інститут підозри повинен поєднувати не тільки можливість на підставі зібраних доказів обґрунтовано підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення, а й дотримуватись процесуальних прав осіб у кримінальному провадженні. Особлива увага приділяється збереженню процесуальних прав та свобод підозрюваної особи в кримінальному провадженні.

Досліджуються вимоги, передбачені кримінально-процесуальним законодавством, які висуваються до повідомлення про підозру, серед яких дотримання правильного процедурного механізму повідомлення особі про підозру.

У науковій статті розглядаються етапи повідомлення особі про підозру та надається стисла характеристика кожному з них. По кожному етапу розкривається проблематика його проведення та надаються рекомендації щодо їх вдосконалення.

Ключові слова: досудове розслідування, повідомлення про підозру, кримінальне провадження, підозрюваний.

Резюме

Часова Т.А., Савчук М.А. Обеспечение прав и свобод личности во время сообщения о подозрении.

В статье уделяется внимание институту сообщения о подозрении в уголовно-процессуальном законодательстве, а именно: проблемным вопросам, возникающим при осуществлении такого процессуального действия. Отмечается, что институт подозрения должен сочетать не только возможность на основании собранных доказательств обоснованно подозревать лицо в совершении уголовного преступления, но и придерживаться процессуальных прав лиц в уголовном производстве. Особое внимание уделяется сохранению процессуальных прав и свобод подозреваемого лица в уголовном производстве.

Исследуются требования, предусмотренные уголовно-процессуальным законодательством, предъявляемым к уведомлению о подозрении, среди которых соблюдение правильного процедурного механизма сообщения лицу о подозрении.

В научной статье рассматриваются этапы сообщения лицу о подозрении и предоставляется их краткая характеристика. По каждому этапу раскрывается проблематика его проведения и предоставляются рекомендации по их совершенствованию.

Ключевые слова: досудебное расследование, сообщение о подозрении, уголовное производство, подозреваемый.

Summary

Tetiana Chasova, Maryna Savchuk. Ensuring the rights and freedoms of the person during the notification of suspicion.

The article draws the attention of the institute to the notification of suspicion in the criminal procedure legislation, namely: problematic issues that arise during the implementation of such procedural action. It is noted that the institution of suspicion should combine not only the possibility on the basis of the collected evidence to reasonably suspect a person of committing a criminal offense, but also to respect the procedural rights of persons in criminal proceedings. Particular attention is paid to preserving the procedural rights and freedoms of the suspect in criminal proceedings.

The institution of suspicion is a set of interrelated norms that to some extent ensure the participation of a person in criminal proceedings, but at the same time must ensure the realization of the rights and legitimate interests of the person. The essence of the suspicion is determined by a combination of its two components: on the one hand – it is an inspection by officials of the pre-trial investigation body against the suspect; on the other – providing the suspect with opportunities to exercise their rights and legitimate interests. The procedural document itself retains its form, in the presence of all mandatory elements.

The requirements provided by the criminal procedure legislation which are put forward to the message on suspicion are investigated: existence of signs of a criminal offense; involvement as a suspect may be carried out only by an authorized official; compliance with the correct procedural mechanism for notifying a person of suspicion; the absence of doubts and assessment of the person's actions is formed on the basis of evidence collected in criminal proceedings.

The scientific article considers the stages of notifying a person of suspicion and provides a brief description of each of them. Such stages should include: collection and evaluation of evidence that makes it possible to objectively inform the person of the suspicion; procedural registration of suspicion by drawing up documents; notification of the person to whom the procedural document is to be served – suspicion; handing over the suspect and explaining the rights and responsibilities as a suspect; interrogation of the suspect. At each stage the problems of its carrying out are opened and recommendations on their improvement are given.

Key words: pre-trial investigation, notification of suspicion, criminal proceedings, suspect.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.53

УДК 343.01

Л.Г. АНДРОСОВИЧ

*Любов Григорівна Андросович, викладач Національної академії Служби безпеки України**

ORCID: 0000-0003-3315-4068

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНИЙ ЗЛОЧИННОСТІ У ФІНАНСОВІЙ СФЕРІ: МІЖНАРОДНИЙ АСПЕКТ

Постановка проблеми. Протягом останніх десятиліть організована злочинність у світі зазнала кардинальних змін за масштабами та змістом. Організовану злочинність слід розглядати як специфічну соціальну підсистему, яка, як і будь-яка інша злочинність, взаємодіє з іншими суспільними явищами і структурами. У випадку з організованою злочинністю у фінансовій сфері, ця взаємодія носить криміналізований характер, вона інтегрує в свою систему різні види злочинів. Міжнародне співробітництво щодо запобігання і боротьби з організованою злочинністю у фінансовій сфері є специфічною діяльністю держав та інших учасників міжнародних відносин у сфері запобігання злочинності, боротьби з усіма її проявами та визначення порядку поводження з особами, які скоїли суспільно небезпечні діяння.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням, пов'язаним із протидією організованій злочинності на міжнародному рівні, зокрема у сфері економіки, приділяли увагу провідні вітчизняні та зарубіжні вчені, серед яких В.С. Буркаль, М.Б. Бучко, О.М. Джужа, А.І. Долгова, С.Е. Каиржанова, О.Г. Кальман, В.В. Коваленко, В.Д. Ларичев, С.С. Чернявський та інші. Втім, питання визначення сучасних особливостей протидії організованої злочинності у фінансовій сфері залишається актуальним і потребує подальших досліджень.

Формування мети статті. Метою цієї роботи є дослідження протидії організованої злочинності у фінансовій сфері, а також аналіз нормативно-правових документів, які закріплювати норми щодо протидії даного виду злочину.

Виклад основного матеріалу. Організована злочинність у фінансовій сфері, згідно з висновком XI конгресу Організації Об'єднаних Націй з попередження злочинності та кримінального правосуддя (далі – Кон-

грес ООН)¹, завдає істотної шкоди інвесторам, призводить до банкрутства компаній і зниження числа робочих місць, підриває ділову репутацію і престиж компаній та фінансових установ. При цьому в економічно розвинених країнах дані наслідки обмежені з огляду на масштаби економіки і здатність створення ефективних регулятивних механізмів із попередження зазначеного виду злочинності. У країнах, що розвиваються, внаслідок слабкості нормативної бази та обмеженого потенціалу органів державного управління наслідки організованої злочинності у фінансовій сфері більш значні і дійсно чинять негативний вплив на розвиток економіки.

Зокрема, через відсутність чіткого розуміння дії організованої злочинності у фінансовій сфері неможливо визначити реальні масштаби загрози цього явища для суспільства. Так, у різних юрисдикціях до категорії злочинів у фінансовій сфері відносять різні правопорушення, які можуть мати суттєві відмінності в законодавчому визначенні, також збір даних про фінансову злочинність ускладнюється і відмінностями в системах реєстрації злочинів у різних країнах. Крім цього, фінансові злочини, вчинені організованими злочинними групами, в загальному характеризуються високим рівнем латентності².

Разом із тим є досить достовірні дані про те, що масштаби організованої злочинності у фінансовій сфері зростають. Результати проведеного міжнародного обстеження компаній з проблеми віктимізації показали, що більше третини (37 %) респондентів ставали жертвами економічних і фінансових злочинів організованих злочинних груп. При цьому даний показник перевищує аналогічні показники попередніх обстежень. Примітно, що найбільша уразливість в плані віктимізації зазначається в банківському секторі і секторі страхування³.

Про масштаби організованої злочинності у фінансовій сфері в світі також можна судити і за наступними даними. Наприклад, шахрайство з чеками завдає підприємницьким колам в Сполучених Штатах Америки щорічний збиток у 10 млрд доларів США⁴. Також у доповіді про тенденції в області організованої злочинності, представленому Європейським поліцейським управлінням, зазначається, що підробка євро стає все більш витонченою⁵. Виходячи з цього, Міжнародний валютний фонд підкреслив, що, з огляду на існуючі темпи зростання, фінансові злочини як джерело доходів для організованої злочинності в майбутньому можуть змагатися з незаконним обігом наркотиків⁶.

Крім цього, організована злочинність у фінансовій сфері та її наслідки чинять негативний вплив на основи вільного ринку і законної економічної діяльності, негативно впливають на ефективність реалізації принципів демократії та верховенства закону.

Зростання організованої злочинності у фінансовій сфері зумовлено, по-перше, процесами глобалізації та інтеграції світових фінансів, пов'язаними з ослабленням механізмів соціального контролю, а, по-друге, – інтенсифікацією технічного прогресу. Так, високі темпи інтеграції світової економіки полегшують проведення як законних, так і незаконних фінансових операцій. При цьому інтеграція на світових фінансових та інших (товарних, сировинних) ринках призводить до того, що негативні наслідки фінансових злочинів, як правило, не обмежуються однією країною. Зокрема, організовані злочинні групи з високим рівнем інтелекту скористалися міжнародною кризою, яка сталася через **коронавірус** (COVID-19), адаптуючи свої способи дій або беручи участь у нових злочинних діях. Грунтуючись на інформації, наданій державами-членами ЄС, Європол назвав такі сприятливі умови організованій злочинності під час COVID-19:

- високий попит на певні товари, захисне спорядження і фармацевтичну продукцію;
- зниження мобільності і потоку людей через та в ЄС;
- громадяни залишаються вдома і все частіше працюють на дому, покладаючись на цифрові рішення;
- обмеження в суспільному житті (кримінальні дії менш помітні);
- скорочення поставок певних незаконних товарів в ЄС⁷.

Отже, організована злочинність у фінансовій сфері є загрозою соціально-економічному розвитку держав, а боротьба з нею повинна стати невід'ємною складовою діяльності з протидії загрозам в області національної та міжнародної безпеки.

З цією метою необхідний пошук дієвих механізмів, на базі яких можуть бути розроблені відповідні нормативні акти, спрямовані як на припинення, так і на попередження розглянутих злочинів. Також, з огляду на транснаціональний характер злочинності, ефективні заходи контролю і профілактики повинні спиратися на високий рівень співпраці між державами.

На сьогоднішній день немає жодного міжнародно-правового документа, присвяченого безпосередньо і виключно проблемі організованої злочинності у фінансовій сфері (у т. ч. Фінансових злочинів). У 1981 р. Комітетом міністрів Ради Європи визначено вісім правопорушень як економічних і фінансових злочинів, до яких відносили і організований характер (рекомендація № R (81) 12): картельні злочини; обман і зловживання економічною ситуацією транснаціональними компаніями; комп'ютерні злочини; обман або зловживання правом при отриманні державних грантів і грантів міжнародних організацій; фіктивні організації; злочини в сфері бухгалтерії; корпоративне шахрайство; порушення стандартів у сфері безпеки і охорони здоров'я в трудових відносинах.

Разом із тим, як було зазначено на Конгресі ООН, завдання концептуалізації фінансових злочинів є складними через значні відмінності у відповідних концепціях на стартовому рівні, про що свідчать, зокрема, складності з включенням ухилення від сплати податків в категорію «Предикатні злочини, пов'язані з відмиванням грошей». Деякі з цих відмінностей пояснюються культурним, історичним і соціальним різноманіттям в глобальних масштабах; інші – просто відображають інтереси конкретних країн: наприклад, наявність

фінансових і податкових притулків і офшорних банківських установ, які частково зумовлюють бажанням допомогти іноземцям уникнути оподаткування в їх власних країнах.

У зв'язку з цим труднощі, пов'язані з виробленням консенсусу з питання про те, що саме слід включити в категорію «фінансових злочинів», вказують на доцільність подальшої роботи міжнародної спільноти з протидії конкретним підкатегоріям, що сприяють здійсненню безпосередньо фінансових злочинів організованої злочинної групи: кіберзлочинність, корупція, розкрадання грошей. Це дасть змогу вирішувати конкретні проблеми без необхідності врегулювання окремих інституційних конфліктів, закласти основу для розробки всеосяжних міжнародних заходів.

Необхідно зазначити, що з моменту визначення Радою Європи в 1981 р. категорій економічної та фінансової злочинності швидкі темпи технічного прогресу і розширення мережі Інтернет супроводжувалися появою нових видів злочинів: шахрайство з використанням мережі Інтернет, з кредитними і дебетовими картами тощо. До того ж, для здійснення багатьох злочинів з використанням високих технологій присутність злочинця не обов'язкова, тому що злочини можуть відбуватися в юрисдикціях, де не буде можливості боротися з такими злочинами нормативною базою і правоохоронною системою. Наприклад, за допомогою доступних технологій в одній країні можна отримати дані зі справжніх кредитних карт, в іншій країні виготовити підроблені карти, а потім використовувати їх у третій країні. Уже в 2000 р. світові втрати в результаті шахрайського використання пластикових карт становили понад 2 млрд доларів США⁸.

У результаті в ст. ст. 7–8 Конвенції про кіберзлочинність, прийнятої Комітетом міністрів Ради Європи, закріплено обов'язок країн-учасниць щодо прийняття законодавчих та інших заходів, необхідних для кваліфікації як злочини щодо їх внутрішнього законодавства за навмисне підроблення та шахрайство з використанням комп'ютерних технологій.

Україна фактично в повному обсязі імплементувала дані положення шляхом закріплення в нормах Кримінального кодексу України відповідальності за порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер (ст. 163); несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку (ст. 361) та ін.

Втім, особливої уваги все ж таки потребує проблема протидії відмиванню грошей, яка виступає головним у організованій злочинній діяльності, що зумовлено не тільки зв'язком відмивання з іншими сферами незаконної діяльності в рамках фінансового сектора. Відмивання грошей безпосередньо пов'язане з фінансовими злочинами, що дають змогу отримувати значні незаконні доходи, які необхідно легалізувати в рамках законної фінансової системи, що вже є основним правопорушенням, тобто злочинном, доходи від якого відмиваються. При тому, що оцінити зростання масштабів відмивання грошей нелегко, очевидно, що дієві заходи щодо реєстрації підозрілих фінансових операцій свідчать про їх зростання в останні роки.

Зокрема нещодавно, 14–16 вересня 2020 р., відбувся захід, організований Турецькою агенцією співробітництва та координації (далі – ТІКА), Турецькою міжнародною академією протидії наркотикам та організованої злочинності (далі – TADOC) за участі Академії фінансового моніторингу. На даному заході порушувались актуальні питання протидії відмиванню грошей, зокрема один із представників агенції зазначив: «Найголовнішою причиною для покарання «in personam» (в персоні) є бажання максимально ефективно протидіяти злочинності. Протидіяти як безпосередньо предикатним злочинам, шляхом позбавлення стимулу для їх вчинення, так і боротьбою із організованою злочинністю загалом, адже відмивання грошей знаходиться в самій основі організованої злочинності і, оскільки воно забезпечує великі прибутки і фінансові кошти, що дає змогу транснаціональним злочинним організаціям проникати в урядові механізми, законну торговельну і фінансову діяльність і суспільство на всіх його рівнях, розкладати і підривати їх, воно має викорінюватись де б не виникло. На додаток покарання in personam подеколи виправдовується тим, що часто доходами від злочинів користаються не ті, хто власне скоїв злочин, а представники вищих ланок організованої злочинності. Однак із появою правових інструментів боротьби з організованою злочинністю – а саме визнання кримінальним злочинном участі в злочинній організації – цей аргумент перестає бути дієвим».

Зокрема, на Конгресі ООН було зазначено, що держави беруть зобов'язання встановлювати і підтримувати режим протидії відмиванню грошей з двох основних причин. По-перше, вкрай важливо позбавити злочинця доходів від злочину, оскільки доходи є основним стимулом для здійснення більшості злочинів. По-друге, як у промислово розвинених, так і в країнах, що розвиваються, відмивання грошей підриває стабільність, ефективність і цілісність їх фінансових систем та економічний розвиток.

Сформований міжнародний режим протидії відмиванню грошей є комплексом нормативних вимог, встановлених регіональними та міжнародними організаціями. У Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції⁹ також містяться положення про протидію відмиванню коштів, вчиненими організованими злочинними групами, а також положення, що сприяють поверненню викрадених державних активів у країни походження. Крім того, чіткі керівні принципи в цій області містяться в рекомендаціях Цільової групи з фінансових заходів для боротьби з відмиванням грошей (далі – ФАТФ).

Також важливо наголосити на необхідності розробки всеосяжної міжнародної конвенції про боротьбу з відмиванням грошей, оскільки низка положень про відмивання грошей в діючих конвенціях Організації Об'єднаних Націй не є обов'язковими, а виконання рекомендацій ФАТФ – не є загальним¹⁰.

Наша країна, визнаючи важливість протидії відмиванню коштів, фактично в повному обсязі імплементувала положення зазначених міжнародно-правових актів шляхом встановлення в нормах Кримінального

кодексу України відповідальності за умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (ст. 209¹), шахрайство з фінансовими ресурсами (ст. 222).

Водночас організовані злочинні групи крім спокуси отримати значний прибуток, привертає увагу (до економічної злочинності) відносно невисокий ризик розкриття, кримінального переслідування і покарання. Вважається, що винагорода переважає ризик. Також сприяє включенню в таку діяльність транснаціональних організованих злочинних груп розмивання меж між законною і незаконною фінансовою діяльністю, широке використання як легальних комерційних структур для відмивання грошових коштів, в тому числі шляхом інвестування отриманих доходів, так і нелегальних – «підставних» – з метою маскування протиправної діяльності.

Найбільш поширеними фінансовими злочинами, що здійснюються організованими злочинними групами, є насамперед шахрайство з кредитними картами, розкрадання документів, які засвідчують особу і фальшивомонетництво. Дана обставина зумовлена двома факторами: збільшенням загального обсягу електронних банківських операцій і високою кримінальною прибутковістю (перевищує фальшивомонетництво) підробки кредитних і дебетових карт¹¹.

Також у процесі роботи з протидії відмиванню грошей Управління Організації Об'єднаних Націй з наркотиків і злочинності (UNODC) дійшло висновку, що в багатьох країнах, де низький рівень участі населення в так званій «фінансовій системі», потрібні термінові заходи протидії організованій злочинності. Наприклад, у ряді країн рахунки в банках мають менше 10 % населення. Тому розумно припустити, що значна частина економічної діяльності відбувається поза рамками офіційних фінансових інститутів та їх контролю. Це означає, що багато методів роботи правоохоронних органів економічно розвинених країн світу не можуть повною мірою застосовувати свої методи і прийоми в країнах, що розвиваються, особливо з урахуванням широкомасштабної участі у протиправній діяльності організованих злочинних груп. У зв'язку з цим перед країнами, що розвиваються, і країнами з перехідною економікою стоїть невідкладне завдання з підготовки фахівців та розробки методів боротьби з доходами від злочинної діяльності, які відповідали б рівню розвитку їх фінансових систем і можливостям правоохоронних органів.

Висновки. Слід погодитися з рекомендаціями Конгресу ООН про те, що державам варто зміцнювати міжнародні та регіональні механізми співпраці правоохоронних органів з метою боротьби з організованою злочинністю у фінансовій сфері. Основними елементами даного механізму повинні бути: вдосконалення міжнародних правових актів і підвищення рівня взаємодії правоохоронних органів, у тому числі в рамках існуючих міжнародних органів (організацій): Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерполу, Європейської поліцейської організації (Європолу), ФАТФ, Бюро по координації боротьби з організованою злочинністю та іншими небезпечними видами злочинів на території держав – учасниць Співдружності Незалежних держав та ін.

¹ Тринадцятий Конгресс Організації Об'єднаних Націй по предупреждению преступности и уголовному правосудию (Доха, 12–19 апреля 2015 г.). URL: https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/Report/ACONF222_17r_V1502931.pdf (дата звернення: 17.09.2020).

² Ernst and Young, Fraud: the Unmanaged Risk: 8-th Global Survey (2013).

³ Матеріали міжнародного веб-семинару «Стратегія стримування ризиків відмивання коштів та фінансування тероризму» доступні для ознайомлення. URL: <https://finmonitoring.in.ua/mizhnarodnij-veb-seminar-strategiya-strimuvannya-rizikiv-vidmivannya-koshtiv-ta-finansuvannya-terorizmu/>

⁴ Investigation and Enforcement Publications and Online Materials. 2018. URL: <https://www.ojp.gov/feature/fraud-awareness/investigation-and-enforcement>

⁵ European Police Office, European Union Organized Crime Report, Open version, December, 2014. URL: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/general/docs/dg_home_-_illicit_firearms_trafficking_final_en.pdf

⁶ International Monetary Fund, Financial System Abuse, Financial Crime and Money Laundering: Background Paper, 12 February 2001.

⁷ Viral marketing Counterfeits, substandard goods and intellectual property crime in the COVID-19 pandemic. URL: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/viral-marketing-counterfeits-substandard-goods-and-intellectual-property-crime-in-covid-19-pandemic>

⁸ Steve Vanhinsbergh The evolution of plastic card fraud // International Criminal Police Review, 2017. No. 491.

⁹ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції № 40, ст. 3882 від 18.10.2006 р. № 995_c16. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text

¹⁰ Public Safety and Emergency Preparedness Canada, Fact Sheet: Economic Crime, 2018. URL: www.psepc-sppcc.gc.ca/policing/organized_crime/FactSheets/economic_crime_e.asp (дата звернення: 18.09.2020).

¹¹ Офіційний інтернет-сайт Інтерполу. URL: www.interpol.int/Public/creditcards/Default.asp (дата звернення: 10.09.2020).

Резюме

Андросович Л.Г. Актуальні питання протидії організованої злочинності у фінансовій сфері: міжнародний аспект.

У статті розкрито проблеми протистояння організованій злочинності у фінансовій сфері; проаналізовано міжнародні правові акти, що регламентують протидію даним видам злочинних дій, зокрема кіберзлочинності. На закінчення зроблено висновок про важливість продовження спільної діяльності з протидії організованої злочинності у фінансовій сфері правоохоронних органів різних держав у рамках міжнародних органів (організацій).

Ключові слова: організована злочинність, фінансова злочинність, фінансовий злочин, кіберзлочинність, протидія злочинності.

Резюме

Андросович Л.Г. Актуальные вопросы противодействия организованной преступности в финансовой сфере: международный аспект.

В статье раскрыты проблемы противостояния организованной преступности в финансовой сфере; проанализированы международные правовые акты, регламентирующие противодействие данным видам преступных действий, в частности киберпреступности. В заключение сделан вывод о важности продолжения совместной деятельности по противодействию организованной преступности в финансовой сфере правоохранительных органов различных государств в рамках международных органов (организаций).

Ключевые слова: организованная преступность, финансовая преступность, финансовое преступление, киберпреступность, противодействие преступности.

Summary

Lyubov Androsovyich. Topical issues of combating organized crime in the financial sphere: the international aspect.

In the article reveals the problems of combating organized crime in the financial sphere; analyzed international legal acts governing the fight against these types of criminal acts, including cybercrime. In conclusion, it was concluded that it is important to continue joint activities to combat organized crime in the financial sphere of law enforcement agencies of different states within international bodies (organizations).

Attention is drawn to the fact that the growth of organized crime in the financial sphere is due, firstly, to the processes of globalization and integration of world finances, associated with the weakening of social control mechanisms, and secondly – the intensification of technological progress. Thus, the high rate of integration of the world economy facilitates both legal and illegal financial transactions. At the same time, integration in the global financial and other (commodity, commodity) markets leads to the fact that the negative consequences of financial crimes, as a rule, are not limited to one country. In particular, organized criminal groups with a high level of intelligence took advantage of the international crisis that occurred in the coronavirus (COVID-19).

The most common financial crimes committed by organized criminal groups are, first of all, credit card fraud, identity theft and counterfeiting. This fact is due to two factors: an increase in the total volume of electronic banking operations and high criminal profitability (exceeds counterfeiting) forgery of credit and debit cards.

In addition, it is important to stress the need to develop a comprehensive international convention against money-laundering, as a number of provisions on money-laundering are not binding in existing United Nations conventions and the implementation of FATF recommendations is not common.

To this end, it is necessary to find effective mechanisms on the basis of which appropriate regulations can be developed, aimed at both stopping and preventing the crimes in question. Also, given the transnational nature of crime, effective control and prevention measures must be based on a high level of cooperation between states.

Key words: organized crime, financial crime, financial crime, cybercrime, globalization, legal acts, money laundering, crime prevention.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.54

УДК 343.33

А.Ю. БАБІЙ

*Алла Юрієвна Бабій, здобувач Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-9304-922X

ЕКСТРЕМІЗМ ЯК СОЦІАЛЬНЕ ЯВИЩЕ І ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

Постановка проблеми. Поняття «екстремізм» останнім часом активно застосовується в науковому вжитку для позначення певних явищ кримінальної природи. Екстремізм виступає об'єктом досліджень істориків, філософів, соціологів, політологів та юристів.

Ефективність протидії тому чи іншому негативному соціальному явищу значною мірою залежить від правильного розуміння його сутності. З'ясування сутності екстремізму є надзвичайно важливим як у теоретичному, так і в практичному значенні, а також визначальне при вирішенні будь-яких питань протидії цьому негативному явищу, оскільки від правильного його розуміння залежить формування стратегії і тактики такої діяльності, постановка її цілей, визначення засобів їх досягнення тощо¹.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Серед українських науковців, які присвятили свої праці аналізу сутності екстремізму, варто назвати Ю.В. Безсусідню, А.М. Благодарного, В.І. Боярова, Ю.Б. Ірху,

© А.Ю. Бабій, 2020

* *Alla Babii, applicant of V.M. Koretsky Institute of State and Law of NAS of Ukraine*

В.П. Климчука, В.В. Колоскова, В.Н. Кубальського, С.Я. Лихову, Т.І. Нагаєву, А.В. Носач, А.С. Політову, Д.С. Савочкіна, Є.Д. Скулиша, М.П. Стрельбицького, В.І. Тимошенко, А.О. Тодосієнко, В.Л. Тикву, Е.В. Федосова та О.А. Чувакова. Незважаючи на численні публікації, присвячені різноманітним аспектам феномена екстремізму, належного наукового осмислення серед вчених-юристів дана проблема в Україні поки не отримала. Уніфікованого тлумачення екстремізму в доктрині досі не існує.

Метою статті є аналіз сутності та змісту екстремізму як соціального явища і правової категорії.

Основні результати дослідження. Як зазначає О.В. Петрянін, у сучасних політико-правових умовах існують певні труднощі, пов'язані з виробленням адекватного теоретичного визначення екстремізму. До їх числа, зокрема, можна віднести складність самого феномена, його історичну значимість та ідеологічний зміст сучасної екстремістської діяльності. На сьогодні існує безліч визначень досліджуваного феномена². Найчастіше термін «екстремізм» ототожнюється з такими поняттями, як «ксенофобія», «радикалізм», «фундаменталізм», «націоналізм», «расизм», «фашизм», «тероризм» тощо.

Українські дослідники та фахівці визнають серйозність небезпеки екстремізму. Але законодавство України не містить визначення поняття «екстремізм» та похідних від нього понять. Ефективна протидія екстремізму не може не спиратись на законодавче визначення поняття «екстремізм». Як зазначають А.Ф. Істомін та Д.А. Лопаткін, важливу роль у протидії екстремізму відіграє вироблення єдиного підходу до визначення поняття «екстремізм». Правове закріплення даного поняття безсумнівно допоможе активізувати боротьбу з подібними проявами, а найголовніше – створить основу діяльності правоохоронних органів і забезпечить єдину правозастосовну практику³. Екстремізм не тотожний тероризму, і тому для забезпечення протидії цьому негативному явищу положень антитерористичного законодавства недостатньо.

Органи влади в межах своєї компетенції зобов'язані протидіяти проявам екстремізму як одній із загроз національній безпеці України. На думку українського вченого Ю.Б. Ірхи, їм це робити важко, оскільки боротися з тим, чого не знаєш, дуже складно, а інколи й неможливо⁴. На початкових стадіях свого розвитку екстремізм розглядався як крайнє, винятково політичне явище⁵.

Екстремізм, що походить з іноземних держав, правоохоронці розглядають переважно крізь призму понять «тероризм», «диверсійна і підризна діяльність», «посягання на територіальну цілісність і конституційний лад» тощо. У травні 2007 р. МВС України уперше офіційно заявило про загрози поширення расизму і ксенофобії як окремих проявів екстремізму. Наступним етапом стало створення відповідних організаційних структур у спецслужбах. У листопаді 2007 р. Указом Президента України у Службі безпеки України було утворено підрозділ, який займається розслідуваннями фактів розпалювання расової і національної ворожнечі⁶.

Слід визнати, що екстремізм у всіх без винятку формах свого прояву створює реальну загрозу для безпеки багатьох держав та їхніх громадян, неминуче викликає суттєві політичні, економічні та моральні втрати, справляє значний психологічний вплив на населення, здатний радикально розбалансувати соціальну систему, яка склалася⁷. Екстремізм проявляє себе і як знаряддя підривної діяльності в таємній політичній боротьбі держав та цивілізацій⁸.

У абз. 4 частини другої ст. 10 Закону України «Про охорону дитинства»⁹ зазначається, що держава здійснює захист дитини, зокрема, від залучення до екстремістських релігійних психокультурних угруповань та течій. У частині першій ст. 3 Закону України «Про гастрольні заходи в Україні»¹⁰ зазначається, що при проведенні гастрольних заходів не допускаються заклики до захоплення влади, насильницької зміни конституційного ладу і цілісності держави, розпалювання національної, класової, соціальної, релігійної й іншої ворожнечі, до пропаганди війни, тероризму, екстремізму, сепаратизму, комуністичного та/або націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та їхньої символіки.

Єдиним нормативним актом в Україні, у якому міститься визначення поняття «екстреміст», є наказ Державного комітету ядерного регулювання України від 8 червня 2004 р. № 101, яким затверджено тлумачний словник українських термінів, обов'язковий для використання в документах Міністерства палива й енергетики України, Державного комітету ядерного регулювання України та Національної академії наук України, які стосуються обліку та контролю ядерного матеріалу і фізичного захисту ядерного матеріалу та ядерних установок¹¹. За даними цього словника, екстремістом є особа, схильна до крайніх поглядів і дій. Варто погодитися з українським вченим Ю.Б. Ірхою, який вважає, що наведене визначення не охоплює всієї сутності екстремізму, а тому не може використовуватися у правозастосовній практиці¹².

Неодноразові спроби розкрити сутнісні особливості екстремізму з позиції права як і раніше викликають суперечки серед юристів про можливість правової оцінки цього явища в принципі¹³. У висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України «Про протидію екстремізму» (реєстр. № 9156 від 15 вересня 2011 р.), зазначалось те, що основною правовою проблемою при застосуванні положень, запропонованих у законопроектах, є відсутність сталого розуміння такого надто оціночного поняття, як «екстремізм». Загальноприйнятого визначення екстремізму на сьогодні не існує, як не існує й однозначного визначення його ознак. Складно назвати ознаки, які б без протиріч характеризували це поняття¹⁴.

Осмислення у вітчизняній юридичній науці явища екстремізму розпочалося порівняно нещодавно. Українські енциклопедичні юридичні видання, на жаль, не містять визначення поняття «екстремізм» та похідних від нього понять. В Україні відсутні дисертаційні дослідження та монографічні праці з кримінального права та кримінології, спеціально присвячені екстремізму.

Поняття екстремізм походить з політології та політичної риторики і означає ідеологію і практику крайніх заходів, крайність певних поглядів і вчинків¹⁵. Термін «екстремізм» походить від латинського «extremus» – кінець, край, межа, а екстремістськими можна назвати такі дії, які передбачають найбільш крайні, радикальні варіанти вирішення проблем у соціальному житті. Така лаконічна дефініція є надто абстрактною; під поняття «екстремізм» підпадає широкий спектр активності різноманітного характеру¹⁶. Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає екстремізм як прихильність до крайніх поглядів і заходів (переважно у політиці)¹⁷. Така стислість поняття «екстремізм» об'єктивно вимагала уточнення і конкретизації надто абстрактного, загального і розпливчастого визначення. З цього приводу влучно висловились А.С. Скудіна, В.Д. Ларичев та Ю.С. Варанкіна: «Через значну абстракцію філологічних категорій етимологічний підхід у визначенні екстремізму породжує більше питань, ніж відповідей про зміст досліджуваного феномена»¹⁸.

Розглядаючи екстремізм як явище, варто визнати, що екстремізм при будь-якому трактуванні є певною крайністю¹⁹. З огляду на те, що критерії крайності та його зміст при визначенні ознак екстремізму мають принципове значення, вважаємо за доцільне більш детально охарактеризувати його.

Великий тлумачний словник сучасної української мови розкриває такий зміст поняття «крайній»: 1) який міститься скраю, на межі чогось; кінцевий; 2) далі якого не можна зволікати, переносити; останній; 3) який досяг найвищого ступеня; надзвичайний, надмірний, граничний; який найрізкіше виражає певні суспільні погляди (про політичні напрями, партії або їх представників); найрадикальніший (про погляди, переконання)²⁰.

Є.П. Сергун зробив висновок, що екстремізм є явищем, яке не виходить за будь-які «рамки». Він звернув увагу на те, що екстремізм означає межу, край чого-небудь. Екстремізм умовно є допустимою межею цих рамок²¹. Поділяє наведений підхід до розуміння екстремізму український вчений Ю.Б. Ірха. На основі проаналізованих визначень екстремізму, які містяться в тлумачних та енциклопедичних словниках, зазначений вчений зробив висновок про те, що екстремізм за своєю природою не є абсолютно негативним явищем, адже крайність поглядів у різних сферах життя, а саме в науці, релігії, політиці, побуті, може виявлятися по-різному і за певних умов бути суспільно корисною²². Деякі вчені обґрунтовано вважають даний підхід суперечливим, виходячи із сутності екстремізму як виключно негативного явища, що за визначенням правомірним бути не може²³.

Підхід, який переважає в доктрині, визначає крайність екстремізму як діяльність, що виходить за межі дозволеного, тобто за рамки правового поля. Такий підхід використаний, зокрема, у Великому енциклопедичному словнику, в якому під екстремізмом пропонується розуміти прихильність до крайніх, радикальних поглядів та ідей, досягнення яких здійснюється з використанням нелегітимних, насильницьких засобів і методів²⁴.

У спеціальній юридичній, політологічній та філософській літературі було розроблено безліч визначень екстремізму, які відображають різні аспекти цього явища та свідчать про розбіжність авторських наукових позицій та обраних ними пріоритетів²⁵. У працях зарубіжних і українських дослідників щодо проблем екстремізму, які прагнуть виробити його авторське визначення, найчастіше робляться акценти на тій чи іншій особливості досліджуваного явища²⁶.

Особливу увагу при дослідженні екстремізму слід приділяти його максимальній політизованості, яка передбачає необхідність аналізу даного явища з точки зору соціально-політичних аспектів. Є.П. Сергун звертає увагу на те, що екстремізм має яскраво виражену політичну природу і відрізняється нетерпимістю (ворожістю, непримиренністю тощо) до фундаментальних цінностей і принципів демократії як форми політичної організації суспільства²⁷. З цього приводу Д.С. Воробйов зазначає, що у переважній більшості випадків екстремізм має на меті саме політичні цілі або призводить до політичних наслідків²⁸.

Екстремізм – це соціальне явище, яке найбільш яскраво проявляється у сфері політики. Це зумовило не тільки міждисциплінарний характер об'єкта дослідження, а й значною мірою пояснює спроби застосування вченими-юристами елементів політико-інституційного аналізу при вивченні його сутності. Тому практично будь-яка наукова робота у сфері юриспруденції, присвячена питанням екстремізму, рясніє операційними визначеннями, запозиченими з політології чи соціології. При цьому окремі вчені як основу правових визначень наводять поняття екстремізму із суміжних галузей суспільствознавства. Такий підхід досить вразливий, оскільки не дає змоги з належним ступенем тотожності визначати правові категорії, не кажучи вже про те, що просто некоректно при описі юридичних дефініцій використовувати терміни, які не мають чіткого правового значення²⁹.

При розробці законодавчого визначення екстремізму важливо врахувати, що, як стверджує український вчений Б.М. Петренко, є підстави для того, щоб ознаки екстремізму нав'язувати будь-якому опозиційному рухові, який здійснює своє право на свободу поведінки чи думки у нестандартний спосіб³⁰. Ю.Б. Ірха вважає дуже важливим, щоб кампанії з протидії проявам екстремізму в Україні не перетворились на тотальні війни з інакомисленням³¹. Отже, закріплене в законі визначення екстремізму не повинно давати можливості правоохоронним органам зловживати своїми повноваженнями, прикриваючись протидією цьому негативному явищу.

Варто зазначити, що перевага визначень та характеристик екстремізму в міжнародному праві полягає в тому, що вони створюють міжнародно-правову основу для закріплення кримінально-правової сутності екстремізму в національному кримінальному законодавстві³². Основними особливостями поняття екстремізму у міжнародно-правових актах ООН є: визнання екстремізму (окремих його форм) як загрози для міжна-

родної законності та правопорядку у світі; поряд з екстремізмом використовуються інші синонімічні поняття, такі як «ксенофобія», «нацизм», «расизм», «антисемітизм», «нетерпимість» та інші, але значення цих термінів не розкривається³³.

Документи міжнародних міжурядових організацій – ООН, Європейського Союзу та Ради Європи не містять визначення екстремізму. Як зазначав український вчений Ю.Б. Ірха, «у світі не існує універсального, закріпленого у законодавстві визначення екстремізму, яке охоплювало б усі його прояви та давало б можливість органам державної влади певної країни звертатися до міжнародної спільноти про всебічну підтримку у протидії екстремістській діяльності на її території чи поза нею³⁴.

Певною мірою зазначену прогалину усунула Шанхайська конвенція про боротьбу з тероризмом, сепаратизмом і екстремізмом від 15 червня 2001 р. (Україна не є учасником цієї регіональної угоди та членом міжнародної організації – Шанхайської організації співробітництва, під егідою якої її укладено). У конвенції вказується, що екстремізм – це діяння, яке спрямоване на захоплення влади або її утримання насильницькими методами, на зміну конституційного ладу держави за допомогою насильства, а так само насильницьке посягання на громадську безпеку, в тому числі організація у вищевказаних цілях незаконних збройних формувань або участь у них, і переслідуються у кримінальному порядку відповідно до національного законодавства (п. 1 ст. 1)³⁵. Конвенція Шанхайської організації співпраці з протидії екстремізму 2017 р. доповнила поняття екстремізму за допомогою включення до нього ідеології і практики, спрямованих на вирішення політичних, соціальних, расових, національних і релігійних конфліктів шляхом насильницьких та інших антиконституційних дій³⁶.

Навіть поверховий аналіз міжнародних правових документів свідчить про те, що вони не можуть достатньою мірою вирішити проблему визначення екстремізму, для цього потрібні фундаментальні наукові праці провідних вчених з даної тематики. Окрім того, питання розуміння екстремізму, у свою чергу, ускладнюється тим, що кожне національне законодавство і відповідно наукове обґрунтування має власну специфіку, пов'язану з визначенням екстремізму³⁷.

Деякі дослідники, зокрема, С.А. Ефіров, вважають, що не слід прагнути до вироблення загального визначення екстремізму і можна обмежитися лише деякими найважливішими ознаками³⁸. У зв'язку з наявністю безлічі авторських визначень екстремізму та різних підходів щодо розуміння його сутності варто навести концепції поняття цього явища. О.В. Петрянін запропонував доволі детальну класифікацію концепцій поняття екстремізму, яку варто використати за основу. Згідно з одним із підходів, екстремізм визначається як прихильність до крайніх заходів протидії існуючим у суспільстві відносинам, які поставлені під охорону Конституції та інших законодавчих актів держави³⁹.

В основу однієї з концепцій поняття екстремізму покладено комплекс інститутів, ідей, установок. До прибічників даного підходу належать Ю.Б. Ірха, Є.П. Сергун та М.М. Афанасьєв. На думку останнього, екстремізм є комплексом вкрай радикальних ідейних установок (вкрай лівих, правих, націонал-екстремістських, сепаратистських, великодержавних, релігійних, соціально-економічних і духовно-психологічних), які обґрунтовують застосування насильства для досягнення переважно політичних цілей⁴⁰. На думку Ю.Б. Ірхи, під екстремізмом слід розуміти систему поглядів, ідей, переконань, цінностей та установок, спрямованих на підбурення, заохочення чи виправдання протиправної зміни цивілізаційних здобутків, які домінують у суспільстві, а також демократичних основ громадянського суспільства та/або конституційного ладу в країні⁴¹.

Варто погодитися з О.В. Петряніним у тому, що непереконливою видається ознака, яка передбачає єдину мету екстремізму – політичну. Як уточнює автор, політична мета може бути домінуючою, але при цьому необхідно враховувати сучасні тенденції розвитку екстремізму, що передбачає наявність таких цілей, як соціальні, релігійні та економічні⁴². І.С. Сайфулін висловлює подібну позицію, вказуючи, що не для всіх форм екстремізму в обов'язковому порядку притаманні політичні цілі⁴³. Наведене свідчить про те, що мотивація екстремізму не завжди носить політичний характер. Традиційні визначення екстремізму через політичні мотиви у вузькому смислі слова заважають охопити справжні масштаби явища та організувати адекватну систему заходів протидії йому.

В основу наступної концепції поняття екстремізму покладено певний різновид суспільно небезпечної діяльності, наділеної специфічними ознаками. Наступна група понять передбачає дослідження екстремізму як специфічної ідеології. Як вважає М.Я. Ях'яєв, екстремістською є тільки така діяльність, яка зумовлена і вмотивована екстремістською ідеологією⁴⁴.

Представники наступного підходу ототожнюють екстремізм із соціально негативним явищем. Так, українська дослідниця А.О. Тодосієнко під екстремізмом пропонує розуміти негативне соціально-правове, кримінально-криміногенне явище, що зумовлене суперечливими поглядами та проявами окремих юридичних чи фізичних осіб усталеним соціальним і правовим нормам, які вони зневажають, які протиправно реалізують свої діяння, що прямо або опосередковано спрямовані на зміну основ конституційного устрою держави, розпалювання політичної, ідеологічної, расової, національної, або релігійної ворожнечі за допомогою застосування насильства або погрози його застосування, заподіяння майнової або фізичної шкоди, а також вчинення закликів до будь-яких дій, які загрожують національній безпеці⁴⁵. Не вдаючись до детального аналізу наведеного визначення, варто зазначити, що воно надто громіздке та не охоплює усіх сучасних проявів цього негативного явища.

Проаналізувавши наявні авторські концепції, В.О. Осипов зробив обґрунтований висновок про те, що вони не позбавлені деяких недоліків, оскільки екстремізм розглядається ними однобічно, не враховуючи усю

багатоманітність даного явища⁴⁶. Ряд вчених (В.О. Бурковська, Р.С. Тамаєв, О.В. Петрянін та М.Я. Ях'яєв) узагальнили доктринальні визначення екстремізму. Зокрема, Р.С. Тамаєв виділив наступні визначення екстремізму: це суспільно небезпечна діяльність; соціально-негативне явище; комплекс інститутів, ідей, установок тощо; специфічна ідеологія⁴⁷.

Визначаючи екстремізм як деструктивну, радикальну, яка має системний характер, протиправну діяльність, М.Я. Ях'яєв інтерпретує його як складний соціальний феномен, який містить три основних компоненти: ідеологію екстремізму (базис екстремістських практик), екстремістську діяльність (втілення у життя екстремістської ідеології) та екстремістську організацію (форма соціальної організації екстремістської діяльності)⁴⁸. Подібного висновку щодо структури екстремізму дійшла В.О. Бурковська, яка на підставі аналізу окремого різновиду досліджуваного явища – релігійного, зазначила, що це складне соціальне явище, яке реалізується у чотирьох формах: 1) як стан свідомості; 2) як ідеологічна система; 3) як сукупність дій з її реалізації; 4) як організаційна структура⁴⁹.

У науковій літературі зустрічається цілком слушна думка про необхідність розмежування екстремізму як правової категорії і як соціального явища, які не підлягають ототожненню. Екстремізм як соціальне явище, на думку А.С. Скудіної, В.Д. Ларичевої та Ю.С. Варанкіної, являє собою систему поглядів і дій, що базується на певних нормах, цінностях, установках і спрямована на руйнування (знищення) макрорівня соціальної ідентичності і сформованих на її основі цілісностей (таких як цивілізація, етнос, нація, конфесія, держава тощо). Екстремізм як правова категорія, на їх думку, являє собою перелік протиправних діянь вищевказаної спрямованості, за вчинення яких передбачено специфічний комплекс заходів державного примусу⁵⁰.

Систему екстремістських діянь становлять кримінальні та адміністративні правопорушення. Досі у вітчизняній кримінально-правовій доктрині суперечливо вирішується питання про те, які саме злочини слід вважати екстремістськими. У висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на законопроект зазначалось, що адміністративна відповідальність за певні «екстремістські» правопорушення передбачена ст. 185¹ «Порушення порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій», ст. 185² «Створення умов для організації і проведення з порушенням установленого порядку зборів, мітингів, вуличних походів або демонстрацій», ст. 186⁵ «Порушення законодавства про об'єднання громадян» КУпАП⁵¹.

Аналізуючи підходи до розуміння екстремізму, варто звернутися до зарубіжного законодавства. Так, у сучасному законодавстві США відсутнє загальноприйняте поняття екстремізму. У доктрині цієї держави до екстремістів відносять терористів, а також осіб, які вчиняють злочини на ґрунті політичної, расової, національної, релігійної ненависті, а також щодо груп нетрадиційної сексуальної орієнтації⁵².

Отже, екстремізм – це багатоліке соціальне явище, яке проявляється у різних формах⁵³. Проблема його визначення у правовому дискурсі залишається відкритою⁵⁴.

Висновки. Соціальну сутність екстремізму становлять політичний, правовий, психологічний та інші аспекти. Через складну природу екстремізму в юридичній літературі існують різноманітні підходи до визначення його поняття та сутності. В юридичній літературі екстремізм визначають переважно наступним чином: це суспільно небезпечна діяльність; соціально-негативне явище; система поглядів, ідей, переконань, цінностей та установок (специфічна ідеологія) тощо.

Не для усіх форм екстремізму в обов'язковому порядку притаманні політичні цілі. Мотивація екстремізму не обов'язково носить політичний характер. Традиційні визначення екстремізму виключно через політичні мотиви у вузькому смислі слова заважають охопити справжні масштаби явища та організувати адекватну систему заходів протидії йому.

З метою забезпечення правової протидії варто розмежовувати екстремізм як соціальне явище і як правову категорію. Екстремізм як складний соціальний феномен містить три основних компоненти: ідеологію екстремізму (базис екстремістських практик), екстремістську діяльність (втілення у життя екстремістської ідеології) та екстремістську організацію (форма соціальної організації екстремістської діяльності). Екстремізм як правова категорія являє собою сукупність протиправних екстремістських діянь, за вчинення яких передбачається кримінальна та адміністративна відповідальність.

¹ Бабій А.Ю. Поняття, ознаки та сутність екстремізму. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2019. № 4. С. 143.

² Петрянін А.В. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2014. С. 134.

³ Истомин А.Ф., Лопаткин Д.А. К вопросу об экстремизме. *Современное право*. 2005. № 7. С. 19–20.

⁴ Ірха Ю.Б. Окремі проблеми правового регулювання питань протидії екстремізму в Україні. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 1. С. 140.

⁵ Петрянін А.В. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2014. С. 125.

⁶ Головки В. Екстремізм та радикалізм в Україні: особливості формування, основні напрями, форми протидії з боку держави. *Проблеми історії України: факти, судження, пошуки: Міжвід. зб. наук. пр.* 2010. Вип. 19 (2). С. 274.

⁷ Петрянін А.В. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2014. С. 121.

⁸ Яхьяев М.Я. Феномен экстремизма: методологические проблемы исследования. *Научный вестник Волгоградской академии государственной службы*. 2011. № 1 (5). С. 14 (Серия «Политология и социология»).

- ⁹ Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2402-14>
- ¹⁰ Про гастрольні заходи в Україні: Закон України від 10 липня 2003 р. № 1115-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1115-15>
- ¹¹ Облік та контроль ядерного матеріалу, фізичний захист ядерного матеріалу і ядерних установок. Тлумачний словник українських термінів. Словники термінів: українсько-англо-російський, русско-українсько-англійський, english-russian-ukrainian НП 306.7.086-2004, затверджений Наказом Державного комітету ядерного регулювання України від 8 червня 2004 р. № 101. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/FIN14331>
- ¹² Ірха Ю.Б. Окремі проблеми правового регулювання питань протидії екстремізму в Україні. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 1. С. 139.
- ¹³ Залушний А.Г. Екстремизм: Сущность и способы противодействия. *Современное право*. 2002. № 12. С. 23–27.
- ¹⁴ Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України «Про протидію екстремізму» (реєстр. № 9156 від 15 вересня 2011 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=41152 (дата звернення: 1.10.2020).
- ¹⁵ Ратинов А.Р., Кроз М.В., Ратинова Н.А. Ответственность за разжигание вражды и ненависти. Психолого-правовая характеристика / под ред. проф. А.Р. Ратинова. Москва: Юрлитинформ, 2005. С. 37.
- ¹⁶ Лазарев Д.А. Молодежный экстремизм в условиях трансформирующегося российского общества: проблемы профилактики и противодействия: дис. ... канд. социолог. наук: 22.00.04. Краснодар, 2017. С. 20.
- ¹⁷ Бусел В.Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови. Київ: Ірпінь: Перун, 2005. С. 342.
- ¹⁸ Правовые меры противодействия экстремизму: монография. Москва: Юрлитинформ, 2012. С. 19.
- ¹⁹ Сальников Е.В. Экстремистское насилие в обществе: феномен, сущность, стратегии социального бытия: дисс. ... д-ра филос. наук: 09.00.11. Краснодар, 2015. С. 86.
- ²⁰ Бусел В.Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови. Київ: Ірпінь: Перун, 2005. С. 582.
- ²¹ Сергун Е.П. Экстремизм в российском уголовном праве: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Тамбов, 2009. С. 22.
- ²² Ірха Ю.Б. Окремі проблеми правового регулювання питань протидії екстремізму в Україні. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 1. С. 140. С. 139.
- ²³ Петрянин А.В. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2014. С. 126.
- ²⁴ Большой энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Большая Российская энциклопедия, 1998. С. 1395.
- ²⁵ Кулешов Р.В. Теоретико-методологические основы раскрытия и расследования преступлений в сфере экстремистской и террористической деятельности: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.12. Ростов-на-Дону, 2017. С. 36–37.
- ²⁶ Гриценко Г.Д., Лукьянцев Е.В. К вопросу о понимании экстремизма в современной науке. *Теория и практика общественного развития*. 2012. № 11. С. 250.
- ²⁷ Сергун Е.П. Уголовно-правовая политика в сфере обеспечения безопасности конституционного строя Российской Федерации: монография. Москва: РПА Минюста России, 2013. С. 130.
- ²⁸ Воробьев Д.С. Гарантии безопасности конституционного строя современной России: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Белгород, 2015. С. 108.
- ²⁹ Правовые меры противодействия экстремизму: монография. Москва: Юрлитинформ, 2012. С. 19.
- ³⁰ Петренко Б.М. Політичний екстремізм в системі прав і свобод людини і громадянина. *Держава і право : зб. наук. пр. : Юрид. і політ. науки*. 2009. Вип. 46. С. 648.
- ³¹ Ірха Ю.Б. Окремі проблеми правового регулювання питань протидії екстремізму в Україні. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 1. С. 140. С. 141.
- ³² Корнилов Т.А. Международные аспекты противодействия экстремизму: автореф дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2011. С. 18.
- ³³ Там само. С. 9.
- ³⁴ Ірха Ю.Б. Використання екстремістами мережі Інтернет: правові проблеми виявлення та протидії в Україні. *Інформація і право*. 2015. № 3. С. 58.
- ³⁵ Шанхайская конвенция о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом (заключена 15.06.2001 в Шанхае). URL: <http://ecrats.org/upload/iblock/2e5/1.pdf> (дата звернення: 1.10.2020).
- ³⁶ Конвенция Шанхайской организации сотрудничества по противодействию экстремизму 2017 г. URL: [http://ecrats.org/upload/iblock/349/Конвенция%20по%20экстремизму%20\(русский\).pdf](http://ecrats.org/upload/iblock/349/Конвенция%20по%20экстремизму%20(русский).pdf) (дата звернення: 1.10.2020).
- ³⁷ Антюхов Ю.В. Исторический обзор особенностей современной трактовки экстремизма в национальном и международном законодательстве. *Ученые записки Орловского государственного университета*. 2014. № 1 (57). С. 12.
- ³⁸ Эфиоров С.А. Политический радикализм и социальное согласие. *Социальное согласие против правового экстремизма*. Москва, 2005. Вып. 3–4. С. 47–65.
- ³⁹ Тяжкова И.М. Экстремистские преступления как посягательства на внутреннюю безопасность государства. *Вестник Моск. ун-та*. 2012. № 4. С. 83 (Серия 11 «Право»).
- ⁴⁰ Афанасьев Н.Н. Идеология терроризма. *Социально-гуманитарные знания*. 2001. № 1. С. 234.
- ⁴¹ Ірха Ю.Б. Особливості формування системи протидії екстремістській діяльності в Україні. *Права людини і національна безпека: роль органу конституційної юрисдикції: матеріали міжнародної наук.-практ. конференції (27 червня 2019 р.)*. Київ, 2019. С. 96.
- ⁴² Петрянин А.В. Указ. соч. С. 137–138.
- ⁴³ Сайфулин И.С. Идеологизация экстремизма и аксиологическая рефлексия антиэкстремистской деятельности в современной России: дисс. ... канд. полит. наук. 23.00.02. Санкт-Петербург, 2012. С. 7.
- ⁴⁴ Яхьяев М.Я. Указ. соч. С. 18.
- ⁴⁵ Тодосієнко А.О. До проблеми визначення поняття «екстремізм». *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 4/1. С. 215.
- ⁴⁶ Осипов В.А. Экстремизм, экстремистская деятельность и преступления экстремистской направленности: понятия, содержание и соотношение. *Вестник Краснодарского университета МВД России*. 2018. № 4 (42). С. 35.

⁴⁷ Тамаев Р.С. Уголовно-правовое и криминологическое обеспечение противодействия экстремизму. М.: Юнити-Дана, 2008. С. 15–18.

⁴⁸ Религиозно-политический экстремизм: сущность, причины, формы проявления, пути преодоления / под общей ред. проф. М.Я. Яхьяева. Москва: Парнас, 2011. С. 29.

⁴⁹ Бурковская В.А. Криминальный религиозный экстремизм: уголовно-правовые и криминологические основы противодействия: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2006. С. 391.

⁵⁰ Правовые меры противодействия экстремизму: монография. Москва: Юрлитинформ, 2012. С. 140–141.

⁵¹ Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України «Про протидію екстремізму» (реєстр. № 9156 від 15 вересня 2011 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=41152 (дата звернення: 1.10.2020).

⁵² Овчинский В.С., Кочубей М.А. Экстремистские организации в США. *Журнал российского права*. 2009. № 6. С. 101.

⁵³ Истомин А.Ф., Лопаткин Д.А. К вопросу об экстремизме. *Современное право*. 2005. № 7. С. 20–21.

⁵⁴ Ларионова А.В. Особенности взаимосвязей структурных компонентов экстремистской направленности личности и ее потенциальных проявлений: дисс. ... канд. психол. наук: 19.00.01 Томск, 2016. С. 16–17.

Резюме

Бабій А.Ю. Екстремізм як соціальне явище і права категорія.

У статті проаналізовано підходи до розуміння сутності екстремізму та виділено концепції його поняття. Запропоновано розмежовувати екстремізм як правову категорію і як соціальне явище. Визначено елементи соціальної сутності екстремізму. Запропоновано структуру екстремізму як соціального явища та сформульовано визначення екстремізму як правової категорії. Зроблено висновок про те, що систему екстремістських діянь становлять кримінальні та адміністративні правопорушення.

Ключові слова: екстремізм, екстремістські діяння, ідеологія екстремізму, соціальне явище, права категорія.

Резюме

Бабий А.Ю. Экстремизм как социальное явление и правовая категория.

В статье проанализированы подходы к пониманию сущности экстремизма и выделены концепции его понятия. Предложено разграничивать экстремизм как правовую категорию и как социальное явление. Определены элементы социальной сущности экстремизма. Предложена структура экстремизма как социального явления и сформулировано определение экстремизма как правовой категории. Сделан вывод о том, что систему экстремистских деяний составляют уголовные и административные правонарушения.

Ключевые слова: экстремизм, экстремистские деяния, идеология экстремизма, социальное явление, правовая категория.

Summary

Alla Babii. Extremism as a social phenomenon and a legal category.

The article presents the results of a study of the problems of extremism as a social phenomenon and a legal category. The effectiveness of counteracting a negative social phenomenon largely depends on a correct understanding of its essence. Clarification of the essence of extremism is extremely important in both theoretical and practical terms, as well as decisive in addressing any issues of counteraction to this negative phenomenon, as its proper understanding depends on the formation of strategy and tactics of such activities, setting goals, defining means of achieving them, etc.

There is still no unified interpretation of extremism in the doctrine. Due to the complex, ambiguous and contradictory nature of extremism in the legal literature, there are various approaches to defining its concept and essence. In the legal literature, extremism is defined mainly as follows: it is a socially dangerous activity; this is a socially negative phenomenon; it is a system of views, ideas, beliefs, values and attitudes (specific ideology), etc. Ukrainian researchers and experts acknowledge the seriousness of the danger of extremism. But the legislation of Ukraine does not contain a definition of «extremism» and its derivatives. Effective counteraction to extremism must be based on the legislative definition of «extremism».

The article analyzes the approaches to understanding the essence of extremism and highlights the concepts of extremism. It is proposed to distinguish between extremism as a legal category and as a social phenomenon that cannot be identified. The elements of the social essence of extremism are determined. The social essence of this phenomenon is political, legal, psychological and other aspects. Extremism should be understood as a complex social phenomenon that contains three main components: the ideology of extremism (the basis of extremist practices), extremist activities (implementation of extremist ideology) and extremist organization (a form of social organization of extremist activities). It is concluded that the system of extremist acts consists of criminal and administrative offenses.

Key words: extremism, extremist acts, ideology of extremism, social phenomenon, legal category.

О.М. БУРДА

*Олександр Миколайович Бурда, аспірант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0002-9752-1480

ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНІ ЗАХОДИ ЗАПОБІГАННЯ КРАДІЖКАМ У МЕРЕЖІ РОЗДРІБНОЇ ТОРГІВЛІ

Постановка проблеми. Сучасне суспільство характеризується новою системою цінностей. На перший план в ієрархії цінностей виходить споживання матеріальних благ та особисте задоволення; продукується культ багатства та заможності, де гроші виступають не засобом задоволення потреб, а самоціллю; через поширення ідей консюмеризму формується психологія згубного споживацтва. Щорічне збільшення роздрібного товарообігу та мережевої торгівлі супроводжується зростанням кількості крадіжок із закладів торгівлі. Незважаючи на це, питанням боротьби із крадіжками не приділяють значну увагу. Тому вважаємо за необхідне більш детально дослідити криміногенні суперечності в суспільстві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми запобігання злочинності присвячені роботи таких вітчизняних науковців, як Б.М. Головкін, В.В. Голіна, О.М. Джу́жа, А.П. Закалюк та інших. Разом із тим, незважаючи на існування численних публікацій, питання щодо запобігання крадіжкам у мережі роздрібної торгівлі не знайшло свого відображення у працях науковців.

Формулювання мети. У статті здійснено спробу встановити та проаналізувати основні загальносоціальні заходи запобігання крадіжкам у мережі роздрібної торгівлі.

Виклад основного матеріалу. За словами Б.М. Головкіна, запобігання злочинам – це комплекс заходів впливу на причини та умови злочинної поведінки, спрямований на обмеження їх дії та усунення¹. Ми поділяємо такий підхід автора та беремо його за основу при розгляді запобіжних заходів у межах даного дослідження. У науковій літературі зазначається, що основними цілями загальносоціального запобігання злочинності є подолання або обмеження криміногенних суперечностей у суспільстві, поступове викорінення негативних явищ і процесів, створюваних політичними, економічними, ідеологічними, психологічними та іншими чинниками, виникнення і дії криміногенного потенціалу в суспільстві². Особливість загальносоціального запобігання науковці вбачають в тому, що соціально-економічні та культурно-виховні заходи упроваджуються насамперед заради розвитку й удосконалення суспільних відносин, а також побічного усунення або обмеження детермінант злочинності. За своїм змістом загальносоціальне запобігання – це результат продуманої соціальної політики, соціальна реакція держави і суспільства на злочинність. Воно створює соціально-економічні й культурно-виховні підвалини для ефективного здійснення спеціально-кримінологічного та індивідуального запобігання злочинам³.

Загальносоціальні заходи, як правило, реалізують антикримінальний потенціал суспільства та його інститутів. Це відбувається шляхом непрямого впливу на причини та умови крадіжок, в ході позитивного, прогресивного розвитку суспільства, вирішення економічних, соціальних та інших глобальних завдань. Як наслідок, паралельно досягаються запобіжні цілі такого впливу, зокрема усуваються й локалізуються протиріччя, кризові явища, що живлять детермінуючі чинники корисливих злочинів. Наприклад, при економічних перетвореннях не ставиться соціальна мета попередження крадіжок, втім, реалізація відповідних програм об'єктивно сприяє витісненню, обмеженню, зменшенню криміногенної дії таких явищ, як бідність, безробіття, побутова невлаштованість, дитяча безпритульність. Також не стільки заради боротьби зі злочинністю збагачується морально-духовний потенціал суспільства, однак це здійснює значний вплив на моральні норми, орієнтації, погляди, інтереси, мотиви людей і багато іншого, від чого залежить їх вибір між добром і злом, законслухняною і протиправною поведінкою⁴.

А. Лебідь переконана, що загальносоціальне запобігання злочинності в суспільстві споживання повинно зосереджуватися на переосмисленні процесу споживання, зниженні рівня соціально-економічної нерівності та соціальної напруги в суспільстві⁵. Зменшення соціально-економічної нерівності широких верств населення, зниження соціальної напруги у суспільстві та відповідно зрівняння споживацьких можливостей можна досягти шляхом ефективного державницького впливу і контролю соціально-економічної сфери життя громадян. До основних заходів, спрямованих на реалізацію поставлених завдань, науковці відносять: 1) підвищення рівня життя і добробуту населення; 2) забезпечення робочими місцями, розвиток ринку праці, зменшення безробіття, підвищення трудової активності населення; 3) підвищення прожиткового мінімуму і мінімального розміру заробітної плати; 4) соціальна допомога материнству, дитинству та інституту сім'ї в

цілому; 5) надання соціальних пільг малозабезпеченим прошаркам суспільства; 6) розроблення програм профілактики бідності; 7) гарантування доступності всіх форм освіти; 8) напрацювання критеріїв соціально-економічного моніторингу для визначення рівня і якості життя населення та ін.⁶ У цілому ми поділяємо такий підхід, однак зауважимо, що окрім соціально-економічного аспекту увагу також слід приділити культурно-виховній та просвітницькій роботі.

Корислива злочинність стала невід'ємною частиною суспільного життя з моменту появи інституту власності та виникнення нерівності серед окремих членів (груп) населення. Крадіжки, в тому числі товарів із закладів роздрібною торгівлі, це одна із форм деструктивної поведінки людей, результат деформації правової свідомості. Як ми з'ясували раніше, основні детермінанти цього явища впливають із об'єктивних соціально-економічних протиріч та деформації правової свідомості значної частини населення. Відтак, доцільно розглядати загальносоціальні заходи запобігання крадіжкам, що вчиняються у закладах роздрібною торгівлі відповідно до раніше встановлених детермінант. До основних загальносоціальних заходів пропонуємо віднести:

- подолання бідності та економічної депривації серед широких верств населення;
- створення умов для реального збільшення рівня доходів;
- розроблення стратегії щодо зменшення рівня безробіття;
- ліквідація передумов формування тіньової економіки;
- здійснення ефективної культурно-виховної та просвітницької роботи.

Експерти зауважують, що бідність на сьогодні носить масовий характер. До бідних верств населення належать працюючі особи, які мають високий освітній рівень, це так звана бідність працюючого населення. Крім того, сформувався й зріс кількісно найнижчий, маргінальний шар бідних із відповідними соціально-психологічними проблемами – безхатченки, жебраки, безпритульні діти, особи, які звільнилися з місць позбавлення волі тощо. Цій частині бідних особливо властива істотна деформація правосвідомості, перекручене правове самовизначення, хибна саморегуляція⁷. За оцінками фахівців, проблему подолання бідності в Україні необхідно вирішувати шляхом запровадження дієвих заходів державної політики за такими напрямками, як: підвищення зайнятості населення та розвиток ринку праці, збільшення рівня доходів від трудової діяльності, удосконалення системи соціального законодавства у напрямі посилення захисту працівників на своєчасне отримання заробітної плати. Зазначені питання державної політики необхідно вирішувати комплексно й системно, на засадах інституалізації ринку праці й досягнення прискореного економічного зростання⁸.

На Саміті ООН у вересні 2015 р. питання подолання бідності було визначено як одне із першочергових завдань світової спільноти. За результатами проведеного Саміту було затверджено стратегічний документ «Цілі сталого розвитку» (далі – ЦСР) на період із 2015 до 2030 р. Відповідно до змісту ЦСР перед світовою спільнотою до 2030 р. ставляться такі завдання: ліквідувати крайню бідність для всіх людей в усьому світі; наполовину скоротити частку людей, які живуть у злиднях у всіх їх проявах; запровадити належні системи і заходи соціального захисту бідних і уразливих верств населення; забезпечити рівний доступ до економічних та природних ресурсів; значно покращити якість життя малозабезпечених сімей шляхом цільового фінансування програм подолання бідності та створення нових стратегічних механізмів інвестування в заходи щодо подолання бідності⁹. Відповідно до глобальних завдань ухваленого документа перед Україною поставлено реалізувати три окремих національних завдання, а саме:

1) скоротити в чотири рази рівень бідності, зокрема шляхом ліквідації її крайніх форм:

а) частки населення, чий середньодушові еквівалентні сукупні витрати є нижчими за фактичний (розрахунковий) прожитковий мінімум;

б) частки населення, добове споживання яких є нижчим за 5,05 долара США;

2) збільшити охоплення бідного населення адресними програмами соціальної підтримки:

а) частки бідних, які охоплені державною соціальною підтримкою, в загальній чисельності бідного населення;

3) підвищити життєстійкість соціально вразливих верств населення шляхом:

а) співвідношення рівнів бідності домогосподарств з дітьми та домогосподарств без дітей;

б) відслідковування частки витрат на харчування в сукупних витратах домогосподарств¹⁰.

На виконання Плану заходів з імплементації Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом на 2014–2017 рр. Кабінет Міністрів України схвалив «Стратегію подолання бідності», якою визначено механізми запобігання бідності та основні завдання з вирішення цієї проблеми на період до 2020 р. Мета зазначеної Стратегії полягає в поетапному зниженні в Україні масштабів бідності, соціального відчуження та запровадження нових механізмів її запобігання. Основні напрями подолання бідності полягають у: розширенні доступу до продуктивної зайнятості, сприяння зростанню доходів населення від зайнятості та виплат у системі державного соціального страхування для забезпечення умов гідної праці; забезпечення доступу населення до послуг соціальної сфери незалежно від місця проживання, мінімізація ризиків соціального відчуження сільського населення; мінімізація ризиків бідності та соціального відчуження найбільш вразливих категорій населення; запобігання бідності та соціальному відчуженню серед внутрішньо переміщених осіб¹¹.

Оцінюючи сьогоднішню ситуацію із бідністю в Україні, ми можемо констатувати, що задекларовані програмні заходи, цілі та завдання Стратегії подолання бідності, висловлені рекомендації та пропозиції не принесли очікуваних результатів. Припускаємо, що бідність українського населення – це не просто відобра-

ження складної економічної ситуації в країні, це свого роду стиль життя більшої частини населення. У цьому контексті державним органам та профільним міністерствам необхідно відмовитися від політики формування черги соціально вразливих верств населення за мінімальним пакетом соціальних послуг та створити умови для активності підприємств і установ, здатних запропонувати роботу, яка забезпечить соціальні потреби громадян та формування державного бюджету. Важливим принципом під час розробки заходів з реалізації нової стратегії боротьби з бідністю для влади має стати її базування на трудовій, а не на соціально-дотаційній основі з пріоритетом довгострокових програм розвитку національної економіки та забезпечення високого рівня зайнятості¹². Продовжуючи цю думку, слід зауважити, що протягом усього періоду незалежності держава втокмачила в голови людей думку про те, що подолання бідності, нужди, злиднів залежить від політичної волі та авторитету Президента, органів державної влади, обмінного курсу іноземної валюти чи кредитів міжнародних організацій. Як наслідок, це призвело до пасивного пристосування малозабезпечених верств населення та очікування на дотаційне підтримання їх життя з боку держави.

Вважаємо, що на сьогодні надзвичайно важливим завданням держави є зміна усталеної психології бідності широких верств населення та стимулювання їх до самостійного покращення власного матеріального становища. Досягнути цього можна зокрема завдяки таким заходам:

- переорієнтації основних принципів соціальної політики з метою утвердження в країні середнього класу;
- перегляду фіскальної політики з метою зменшення надмірного податкового тиску на малий та середній бізнес;
- створенню умов для утвердження інноваційної моделі економіки;
- забезпеченню реальних можливостей для реалізації права на працю;
- зміни експортних та імпорتنних пріоритетів держави з метою підтримки національного виробника.

Одним із основних економічних показників, який відображає рівень життя населення, є рівень оплати праці та інші види доходів. Встановлений державою на сьогодні розмір прожиткового мінімуму на одну особу, мінімально гарантовані розмір пенсії та заробітної плати далекі від реальних потреб населення. Надмірні платіжки за комунальні послуги, завищені ціни на продукти та медикаменти призводять до фактичного виживання переважної більшості частини населення. Додають проблем низькі та необґрунтовано диференційовані заробітні плати за видами економічної діяльності, неефективність підтримки купівельної спроможності громадян через механізми індексації та оподаткування грошових доходів населення, хронічне зростання заборгованості з їх виплати створюють умови для подальшого масового збідніння населення, у тому числі працюючого, що загрожує економічній і соціальній стабільності країни¹³.

На наш погляд, вирішити це питання можливо шляхом проведення ефективної державної політики, спрямованої на збільшення реального рівня доходів громадян. Політика держави у цьому напрямі повинна передбачати довгостроковий план дій та реальних заходів із впровадження високого рівня оплати праці широких верств населення. На думку А.В. Семенченко, сучасна державна політика доходів має базуватися на принципах, що забезпечують ефективний розвиток ринкової економіки та соціальний прогрес. До таких принципів авторка пропонує віднести:

- принцип поєднання ринкового та державного механізмів регулювання доходів – забезпечення ефективного функціонування ринкового механізму формування трудових і підприємницьких доходів та доповнення його державним регулюванням;
- принцип відповідності рівня наявних доходів вартості життя – забезпечення їх достатності для задоволення основних потреб населення;
- принцип людського розвитку – достатності доходів для забезпечення фізичного, інтелектуального та духовного розвитку людини;
- принцип соціальної справедливості – недопущення надмірної диференціації доходів, забезпечення більш рівномірного розподілу доходів між усіма верствами населення¹⁴.

За оцінками фахівців, зростання реального рівня доходів населення безпосередньо позначається на якості життя населення та позитивно впливає на показники економічного розвитку в країні, а саме: а) генерує підвищення купівельної спроможності населення та розширення внутрішнього попиту, що забезпечує зростання обсягів виробництва в реальному секторі економіки та інвестиційної активності; б) підвищує якість робочої сили та знижує зовнішню трудову міграцію; в) створює умови для легалізації трудових відносин та скорочення тіньових процесів в економіці тощо¹⁵. Припускаємо, що збільшення реального рівня доходів широких верств населення дасть змогу зменшити кількість крадіжок товарів з боку осіб, яким наявний рівень доходів не дозволяє задовольняти свої споживацькі потреби.

Не менш важливим загальносоціальним запобіжним заходом є зменшення рівня безробіття серед економічно активної частини населення. Згідно з останніми даними консенсус-прогнозу Мінекономіки на 2020–2021 рр., очікується зростання безробіття серед економічно активного населення віком від 15 до 70 років до 9,4 %. Разом із тим у 2021 р. рівень безробіття спаде всього до 9,1 %¹⁶. Водночас, за оцінками Торгово-промислової палати України, рівень безробіття сьогодні становить 13,7–15,4 %, що є найвищим показником за останній 15 років¹⁷. Зауважимо, що заходи боротьби із безробіттям поділяються на пасивні та активні. Традиційно до пасивних заходів належать виплата державою допомоги у зв'язку із безробіттям, оплата навчання в період перепідготовки чи перекваліфікації працівника, надання інших соціальних виплат та гарантій тощо. До активних заходів прийнято відносити: створення нових робочих місць; запровадження державних прог-

рам перепідготовки та перекваліфікації працівників; залучення безробітних до соціально корисної, сезонної праці; проведення інформаційно-роз'яснювальної роботи з боку центрів зайнятості тощо.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України 24 грудня 2019 р. затверджено «Основні напрями реалізації державної політики у сфері зайнятості населення та стимулювання створення нових робочих місць на період до 2022 року». Зазначений документ окреслює перспективні напрями та шляхи реалізації державної політики у сфері зайнятості населення, а саме:

- розвиток національної економіки як основи для забезпечення продуктивної зайнятості та створення нових робочих місць;
- стимулювання розвитку підприємництва та самозайнятості;
- забезпечення створення гідних умов праці та детінізація відносин у сфері зайнятості населення;
- розвиток системи професійної (професійно-технічної) освіти та забезпечення створення умов для професійного навчання упродовж життя;
- забезпечення розвитку інклюзивного ринку праці та сприяння зайнятості молоді;
- реформування державної служби зайнятості та забезпечення інноваційного розвитку послуг на ринку праці;
- забезпечення реалізації ефективної державної політики у сфері трудової міграції¹⁸.

Метою впровадження зазначених напрямів зайнятості населення є розширення можливостей реалізації права громадян на гідну працю, підвищення їх доходів. Виконання поставлених завдань за прогнозами уряду дасть можливість створити умови, зокрема для: збільшення кількості та поліпшення якості робочих місць з гідними умовами праці; зменшення обсягів неформальної зайнятості населення; збільшення кількості громадян, зайнятих економічною діяльністю (зростання рівня зайнятих економічною діяльністю у віці 15–70 років у 2022 р. до 60,7 %); зменшення рівня безробіття (скорочення рівня безробіття у 2022 р. до 6 % до робочої сили у віці 15–70 років), зокрема серед молоді; підвищення професійного рівня та конкурентоспроможності вітчизняної робочої сили; удосконалення механізму державного регулювання внутрішніх і зовнішніх міграційних переміщень робочої сили; підвищення якості надання послуг державною службою зайнятості¹⁹.

Зауважимо, що державна політика у сфері зайнятості населення на сьогодні носить декларативний та формальний характер. Предметний аналіз основних програмних документів вказує на відсутність реальної картини, завдяки чому в країні будуть створюватись нові робочі місця, які галузі економіки стануть пріоритетним при працевлаштуванні безробітних. На нашу думку, вкрай важливо розробити дієву Стратегію зменшення безробіття на період до 2025 р. Даний документ повинен передбачати чіткий алгоритм дій із подолання безробіття в країні. Окрім напрямів зменшення безробіття необхідно запропонувати конкретний і, головне, реально виконуваний план заходів із граничними строками та очікуваними результатами. Крім того, державна політика в сфері зайнятості населення повинна також зосереджуватись на пошуку інвестицій для створення нових робочих місць, розробленні пропозицій для гнучкої системи кредитування роботодавців, забезпеченні соціальних гарантій для працівників. Гостра проблема сьогодні – брак кваліфікованих працівників виробничих професій. Вбачається за необхідне посилити професійно-технічну підготовку молоді після здобуття ними середньої освіти шляхом здійснення повного державного фінансування їх навчання. Це повинно упередити стихійну трудову міграцію молодого покоління за кордон та гарантувати стабільні надходження податків до державного бюджету в майбутньому. Також існує необхідність у гарантуванні першого робочого місця після отримання освіти здобувачами вищих навчальних закладів. Дієвими є також зменшення рівня урбанізації та масової внутрішньої трудової міграції. Виникає потреба в розвитку аграрного потенціалу українського села через запровадження антидепресивних програм розвитку адміністративно-територіальних одиниць. Лише за такого підходу можна досягти поставлених цілей із забезпечення населення роботою та достатнім рівнем доходів.

Вважаємо, що одним із першочергових завдань держави є створення умов для утвердження високого рівня правосвідомості та правової культури серед широких верств населення. У літературі зазначається, що правова культура формується під впливом об'єктивних та суб'єктивних факторів суспільного розвитку. На неї впливають не тільки історичні та соціальні процеси, а й геополітична ситуація в державі та духовна сфера суспільства. Якщо правова система функціонує в умовах законності, свободи, соціальної справедливості, поваги до права, то й рівень правосвідомості громадян у такій державі має бути високим, що виявляється у повазі до права та правових знань, традицій, виробленні потреби діяти відповідно до закону, сприяє правовій активності громадян згідно із правовими установками та переконаннями²⁰. Одним із заходів, спрямованих на підвищення рівня правосвідомості, має стати удосконалення існуючої системи правового виховання громадян. Важливу роль у процесі правового виховання варто надати інституту сім'ї як одному з основних осередків соціалізації молодого покоління. Слід розуміти, що питанню права та неправа необхідно приділяти увагу, починаючи з дошкільної освіти і закінчуючи відносинами в середині трудового колективу. На етапі дошкільного та шкільного виховання доцільно в якості обов'язкових предметів запровадити «Право для найменших», «Основи правового виховання» тощо. Такі предмети повинні викладатись в інтерактивному форматі, де в рамках гри молоді вчитиметься азам правової поведінки. Запровадження таких ініціатив вимагає продуманої державної політики і політичної волі від законодавчих та виконавчих органів влади.

Окрім правових аспектів виховання увагу слід також приділити ролі релігії та її впливу на духовний потенціал суспільства та моральність. Згідно з дослідженнями Д.О. Вовка, право та релігія виконують регулятивну функцію, нормуючи суспільні відносини. Однак для права регулятивна та поєднана з нею охоронна

функції є основними і виражають соціальну цінність права. Релігія ж є більш універсальним явищем, а тому формування етичних орієнтирів та виховання у душі релігійного ідеалу є лише складовою її регулятивної функції²¹. Роль держави у забезпеченні релігійного виховання полягає у залученні якомога більшої кількості учнів до ознайомлення і вивчення основних релігійних норм та канонів. Тут варто пригадати всім відомі біблійні заповіді: «Не вбивай», «Не кради», «Не обманюй ближнього свого» та ін. Вивчення релігійних норм та постулатів видається можливими завдяки запровадженню можливості викладання у школах таких предметів, як «Етика», «Естетика» або дисциплін духовно-морального спрямування: «Основи християнської етики», «Християнська етика», «Основи православної культури» тощо. Зауважимо, що вивчення вказаних предметів ставить за мету виховання в учнів поваги до свободи совісті, толерантності, доброзичливості, поваги до права власності, релігійних та світоглядних переконань інших людей. Водночас дисципліни духовно-морального спрямування не повинні ставати вченням певної віри вивчення релігійних обрядів чи залучення до певної конфесії.

Глибокі релігійні переконання, християнські ідеї і віровчення на даному історичному етапі духовного занепаду можуть закласти фундамент морального ренесансу суспільства. Для численних соціально лабільних груп, маргінальних прошарків населення релігія становить останній форпост душевного спокою, соціального оптимізму і віри у краще майбутнє. Тому державі слід всіляко сприяти впливу християнської релігії на суспільну свідомість, оскільки у релігії, беззаперечно, багато не до кінця розкритих виховних можливостей²².

Висновки. Перед суспільством сьогодні стоїть завдання виховати повагу до чужої праці та змінити підходи до задоволення особистісних і споживацьких потреб. Припускаємо, що соціально задоволене, економічно незалежне й культурно-виховане суспільство, ймовірно, не матиме бажання задовольняти свої потреби шляхом делінквентної поведінки. Такі члени суспільства будуть орієнтовані на законні та допустимі форми соціальної взаємодії. Наведені вище заходи загальносоціального запобігання покликані мінімізувати та обмежити вплив окремих явищ суспільного життя, які зумовлюють вчинення крадіжок із закладів роздрібно́ї торгівлі. Успішна реалізація запропонованих запобіжних заходів залежить від виваженої державної політики в забезпеченні нормального функціонування усіх сфер соціального життя суспільства. Virішення окреслених економічних, соціальних та культурних проблем дасть змогу утвердити здорову колективну свідомість, носії якої будуть орієнтовані на задоволення особистісних та споживацьких потреб за рахунок власної праці й отриманих трудових доходів.

¹ Головін Б.М. Теперішнє і майбутнє кримінології. *Проблеми законності*. 2020. Вип. 149. С. 168–184. URL: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.149.200724>

² Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права імені В.М. Кофмського НАН України; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2019. Т. 18: Кримінологія. Кримінально-виконавче право.

³ Там само.

⁴ Шаоршадзе Д.И. Кражи и их предупреждение (По материалам органов внутренних дел Грузии) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Рязань, 2004 143 с. С. 86–87. URL: <http://www.dslib.net/kriminal-pravo/krazhi-i-ih-preduprezhdenie.html#1030753>

⁵ Лебедь А.Л. Магази́нные кражи (шоплифтинг) в обществе потребления. Mauritius. Beau Bassin: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2018. 242 с. С. 138.

⁶ Там само. С. 143.

⁷ Белавіна Т.І., Васютинський В.О., Вінков В.Ю. Соціальна психологія бідності : монографія. Київ : Міленіум, 2016. 294 с. С. 205. URL: <http://lib.iitta.gov.ua/705313/1/VasutMon2016maket.pdf>

⁸ Щодо шляхів подолання бідності працюючого населення. С. 8. URL: http://old2.niss.gov.ua/content/articles/files/111Analyt_Zapyska_Prokopiy-7fdd8.pdf

⁹ Цілі сталого розвитку в Україні. URL: <http://sdg.org.ua/ua/pro-hlobalni-tsili/no-poverty>

¹⁰ Цілі сталого Розвитку: Україна. Національна доповідь 2017. С. 14. URL: http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReport_UA_Web_1.pdf

¹¹ Про схвалення стратегії подолання бідності: розпорядження КМУ. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/248898080>

¹² Стратегія подолання бідності має базуватися на трудовій, а не на соціально-дотаційній основі – Рахункова палата. URL: <https://rp.gov.ua/IntCooperation/Events/?id=69>

¹³ Як Україні досягти підвищення рівня реальних трудових доходів працюючих громадян? Аналітичний звіт. С. 7. URL: https://drive.google.com/file/d/1EfnRm3ghxRgRlxwCP7UT8j_GWWU0R_2/view

¹⁴ Семенченко А.В. Регулювання доходів населення в контексті соціальної стратифікації суспільства: дис. ... к.е.н.: 08.00.07. С. 191. URL: <https://www.hneu.edu.ua/wp-content/uploads/2018/11/Semenchenko-A.V.-Disertaciya-Vchenna-rada-D-64.055.02-2017.pdf>

¹⁵ Як Україні досягти підвищення рівня реальних трудових доходів працюючих громадян? Аналітичний звіт. URL: https://drive.google.com/file/d/1EfnRm3ghxRgRlxwCP7UT8j_GWWU0R_2/view

¹⁶ Безробіття в Україні цього року зросте до 9,4 % – експерти. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/1864398-bezrobittya-v-ukrayini-tsogo-roku-zroste-na-9-4-eksperti>

¹⁷ Безробіття в Україні наростає – як упоратися з тим державі. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3008987-bezrobittya-v-ukraini-narostaє-ak-uporatisa-z-tim-derzavi.html>

¹⁸ Про затвердження Основних напрямів реалізації державної політики у сфері зайнятості населення та стимулювання створення нових робочих місць на період до 2022 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1396-2019-%D1%80#Text>

¹⁹ Там само.

²⁰ Уханова Н.С. Правова культура молоді в Україні. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/19_5.pdf С. 157–158.

²¹ Вовк Д.О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення: монографія. Харків: Право, 2009. 224 с. С. 105.

²² Головін Б.М. Криминологічні проблеми умисних вбивств і тяжких тілесних ушкоджень, що вчиняються у сімейно-побутовій сфері: монографія. Харків: Нове слово, 2004. 252 с. С. 167.

Резюме

Бурда О.М. Загальносоціальні заходи запобігання крадіжкам у мережі роздрібної торгівлі.

У статті здійснено спробу встановити та проаналізувати загальносоціальні заходи запобігання крадіжкам, що вчиняються у мережі роздрібної торгівлі. Передусім було проаналізоване поняття загальносоціальних заходів запобігання та взято за основу соціально-економічний аспект, культурно-виховну й просвітницьку роботу. Було запропоновано основні заходи запобігання, до яких можна віднести: подолання бідності та економічної депривації серед широких верств населення; створення умов для реального збільшення рівня доходів; розроблення стратегії щодо зменшення рівня безробіття; ліквідація передумов формування тіньової економіки та проведення ефективної культурно-виховної і просвітницької роботи.

Ключові слова: крадіжки, ритейл, магазин, супермаркет, мережа роздрібної торгівлі, запобігання крадіжок, загальносоціальне запобігання крадіжок.

Резюме

Бурда А.Н. Общесоциальные меры предотвращения краж в сети розничной торговли

В статье предпринята попытка установить и проанализировать общесоциальные меры предотвращения краж, совершаемых в сети розничной торговли. В первую очередь было проанализировано понятие общесоциальных мер предупреждения и взяты за основу социально-экономический аспект, культурно-воспитательная и просветительская работа. Были предложены основные меры предосторожности, к которым можно отнести: преодоление бедности и экономической депривации среди широких слоев населения; создание условий для реального увеличения уровня доходов; разработка стратегии по уменьшению уровня безработицы; ликвидация предпосылок формирования теневой экономики и осуществления эффективной культурно-воспитательной и просветительской работы.

Ключевые слова: кражи, ритейл, магазины, супермаркет, сеть розничной торговли, предотвращения краж, общесоциальное предотвращения краж.

Summary

Oleksandr Burda. Community-wide measures to prevent retail theft.

In the article the author draws attention to one of the types of mercenary crime as theft from the retail network. Today, the latter have become an integral part of society, are widespread, as the largest number of all crimes are thefts. The author notes the need to study the issue of general social prevention and the establishment of basic measures.

General social prevention measures should realize the anti-criminal potential of society, reduce the level of socio-economic nervousness and social tension. The main determinants of this phenomenon stem from the objective socio-economic contradictions and the deformation of the legal consciousness of a large part of the population. Therefore, the author proposes to establish the following basic general social measures: overcoming poverty and economic deprivation among the general population; creating conditions for a real increase in income; developing a strategy to reduce unemployment; elimination of preconditions for the formation of the shadow economy; implementation of effective cultural, educational and educational work. Assessing the current situation with poverty in Ukraine, we can say that it reaches a critical level and continues to grow. Therefore, an extremely important task of the state is to change the established psychology of poverty of the general population and encourage them to improve their own financial situation. The issue of the level of wages and other types of income can be solved by conducting an effective government policy aimed at increasing the real level of income of citizens. We believe that one of the priority tasks of the state is to create conditions for the establishment of a high level of legal awareness and legal culture among the general population.

These measures of general social prevention are designed to minimize and limit the impact of certain phenomena of public life, which lead to theft from retailers. The successful implementation of the proposed precautionary measures depends on a balanced state policy to ensure the proper functioning of all spheres of social life.

Key words: theft, retail, shops, supermarket, retail chain, anti-theft, social anti-theft.

І.М. СЕМЕНЮК

*Ірина Миколаївна Семенюк, аспірантка Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-1586-3760

ДОСВІД ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО ОБҐРУНТУВАННЯ ВІДПОВІДНИХ РІШЕНЬ В АСПЕКТІ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ЗВІЛЬНЕННЯ ЗАСУДЖЕНИХ ВІД ПОКАРАННЯ

Постановка проблеми. Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом передбачено посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права та поваги до прав людини і основоположних свобод, зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості, взаємна правова допомога, приєднання до відповідних міжнародних документів ООН та Ради Європи, зокрема Римського статуту Міжнародного кримінального суду 1998 р., та їх виконання¹. На становлення такого правового інституту, як звільнення від покарання, упродовж багатьох століть впливали національне і зарубіжне законодавство, а також тенденції судової практики.

На різних етапах реалізації кримінальної відповідальності можуть виникати певні юридичні факти, що зумовлюють недоцільність призначення засудженому покарання, реального чи повного виконання призначеного покарання, неспроможність досягнення застосуванням покарання його мети, неможливість виконання засудженим призначеного йому покарання. Національні суди мають враховувати досвід ЄСПЛ щодо обґрунтування відповідних рішень в аспекті положень про звільнення засуджених від покарання.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Значний внесок у вивчення питань звільнення від покарання зробили Ю.В. Баулін, В.А. Бадира, П.С. Берзін, В.М. Бурдін, О.П. Горох, Є.О. Письменський, О.О. Книженко, А.О. Клевцов, О.О. Наумов, В.К. Гришук, Т.А. Денисова, О.О. Дудоров, О.М. Костенко, В.М. Куц, А.А. Музика, В.О. Навроцький, П.Л. Фріс, М.І. Хавронюк, Н.М. Ярмаш, С.С. Яценко та ін. Попри значну кількість досліджень проблем звільнення від покарання, низка питань про застосування норм цього правового інституту дотепер залишається не вирішеною, чимало з них – недостатньо висвітлені або є спірними. Зокрема, на нашу думку, перспективним напрямом наукового дослідження є функціональність інституту звільнення від покарання у праві зарубіжних держав.

Формулювання мети статті. З огляду на викладене метою цієї статті є визначення особливостей застосування практики Європейського Суду з прав людини (далі – Європейського Суду, ЄСПЛ) щодо обґрунтування відповідних рішень в аспекті положень про звільнення засуджених від покарання.

Виклад основного матеріалу. Звільнення від покарання як кримінально-правовий інститут – це зовнішньо оформлений структурний елемент галузі кримінального права (її Загальної частини), що становить систему кримінально-правових норм, покликаних цілісно регулювати певні суспільні відносини на різних етапах реалізації кримінальної відповідальності засудженої особи. Ці суспільні відносини (що зумовлені специфічними юридичними фактами) виникають у зв'язку з недоцільністю призначення, реального чи повного виконання призначеного покарання, неспроможністю досягнення мети покарання, неможливістю виконання призначеного покарання, а також гуманізмом кримінального права².

Кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України та інших законів України. Відповідно до Кримінального процесуального кодексу України кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини³. Зокрема, дана норма вказує на проєвропейський курс нашої країни та дійсне проголошення того, що права і свободи людини визнаються найвищою соціальною цінністю в Україні.

Варто зазначити, що дотримання норм Конвенції про захист прав і основоположних свобод суб'єктами здійснення правосуддя априорі неможливе без урахування існуючої практики Європейського Суду⁴. Оскільки Конвенція є лише джерелом права, яка відображає статичний аспект об'єктивного права, а її норми є незмінними. Практика (правові позиції) Страсбурзького Суду, з яких впливає і черпається розуміння конвенційних норм, є динамічним аспектом права, що пристосовується до конкретно-історичних умов в результаті їх динамічного тлумачення суддями ЄСПЛ. Вищевказане дає змогу зробити висновок про те, що найбільш коректним є підхід, при якому джерелом права є норми Конвенції в їх розумінні ЄСПЛ. Тобто Конвенція і практика ЄСПЛ у своїй сукупності, єдності. Їх окремих розгляд або виділення часто призводить до нео-

бов'язкового сприйняття безпосередньо практики ЄСПЛ та системного порушення норм Конвенції. Встановлення ЄСПЛ у своєму рішенні факту порушення норм Конвенції, беззаперечно, є прямим наслідком незадовільної діяльності національної судової гілки влади, що актуалізує питання про відповідальність їх посадових осіб. У зв'язку з цим остаточні рішення ЄСПЛ проти України, в яких визнано порушення конвенційних прав людини, мають бути юридичною підставою для відкриття дисциплінарної справи щодо суддів. У разі якщо рішенням суду було завдано суттєву шкоду скаргнику, який звертався до Страсбурзького Суду, судді першої та/або апеляційної інстанції за рішенням Вищої ради правосуддя мають бути тимчасово відсторонені від здійснення правосуддя строком від двох до чотирьох місяців з направленням до Національної школи суддів для проходження курсу підвищення кваліфікації з питань застосування практики ЄСПЛ та подальшим кваліфікаційним оцінюванням для підтвердження здатності судді здійснювати правосуддя у відповідному суді. Актуальним постає і питання про відшкодування коштів, що виплачені з державного бюджету на виконання остаточних рішень Страсбурзького Суду. Між результатами дій суддів в Україні (їх рішеннями) та наслідками, якими є виплати з державного бюджету в рамках виконання рішень ЄСПЛ, існує причинно-наслідковий зв'язок. А отже, судді в Україні поряд з іншими посадовими особами мають нести солідарну матеріальну відповідальність.

Щодо прикладу, рішення ЄСПЛ у справі «Поторок проти Румунії» (№ 37772/17): засуджений за торгівлю наркотиками поскаржився до ЄСПЛ на невідповідність медичного лікування у в'язниці. Прикутий до інвалідного візка чоловік намагався вийти на волю за станом здоров'я, але протягом трьох років його тільки переміщали з однієї тюремної лікарні до другої. У 2009 р. Іоан Поторок був визнаний винним у причетності до міжнародної торгівлі наркотиками та засуджений до 15 років позбавлення волі. Через травми голови він опинився у інвалідному візку. Під час ув'язнення Поторок ініціював кілька проваджень для припинення виконання покарання за станом здоров'я. І перше ж провадження мало успіх – його звільнили за рішенням суду в 2012 р. через «жахливий» стан здоров'я. Але в 2015 р. злочинця повернули до в'язниці після повторного оцінювання стану здоров'я. Було встановлено, що у в'язниці була доступна відповідна медична допомога. У 2016 р. черговий запит про звільнення був відхилений. Водночас наступне клопотання про переведення до лікарні – задоволене. Суди поклалися на рішення щодо декількох медичних звітів, у яких було встановлено, що система охорони здоров'я в'язниці могла задовольняти потреби Поторока, але йому була необхідна постійна допомога, що повинна надаватися особистим помічником. У лютому 2017 р. Європейський суд з прав людини установив несправедливість провадження проти Поторока (Potoroș проти Румунії, № 59452/09), він подав заяву про перегляд вироку і був звільнений національним судом. Після цього Поторок вдруге звернувся до ЄСПЛ. Посилаючись на ст. 3 (заборона нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, він стверджував, що його тривале ув'язнення було пов'язане з винятковими труднощами через похилий вік, значні проблеми зі здоров'ям та невідповідність медичного лікування, яке він отримував у в'язниці. Він скаржився, зокрема, на те, що йому ніколи не надавали особистого помічника, а також на те, що допомога співкамерників була невідповідною. Суд у Страсбурзі констатував порушення конвенційних гарантій в частині сумісності стану здоров'я заявника з його триманням під вартою у період від 2015 р. по 2017 р. та призначив 3 тис. євро відшкодування моральної шкоди⁵.

Варто погодитись з тими юристами, які допускають можливість умовно-дострокового звільнення від відбування покарання осіб, засуджених до довічного позбавлення волі, яким це покарання в порядку помилування замінено не менше як на 25 років позбавлення волі. Так, 12 березня 2019 р. ЄСПЛ прийняв рішення у справі «Петухов проти України (№ 2)». Володимира Петухова в Європейському суді представляли юристи Української Гельсінської Спілки з прав людини. Європейський суд постановив, що сьогодні в Україні кожен довічно ув'язнений страждає, не маючи «права на надію» колись вийти на свободу. Існуюча система президентського помилування не є ні прозорою, ні передбачуваною. В'язні не знають, що їм потрібно зробити, щоб сподіватися на звільнення. Контраргументи Уряду зводилися до таких положень:

- довічне позбавлення волі застосовується в Україні у виключних справах, і як альтернатива існує строкове відбування покарання;
- в інших країнах Європи (Ісландія, Литва, Мальта та Нідерланди) існує подібна до України практика щодо перегляду ув'язнення довічників;
- механізм президентського помилування є чітким та передбачуваним.

Страсбурзький Суд спростував кожен із цих аргументів. По-перше, Суд зазначив, що можливість звільнення довічника за станом здоров'я еквівалентна праву «померти на волі, а не за тюремним парканом», оскільки звільняють зазвичай безнадійно хворих. Тому ця процедура не є «можливістю звільнення» в розумінні Суду. Згідно з Положенням про помилування «особи, які засуджені за тяжкі чи особливо тяжкі злочини або мають дві і більше судимостей за вчинення умисних злочинів чи відбули незначну частину призначеного їм строку покарання, можуть бути помилувані у виняткових випадках за наявності надзвичайних обставин»⁶. ЄСПЛ акцентував на тому, що невідомо, що ж означають ці «виняткові випадки та надзвичайні обставини», і нічого не вказує на те, що тут береться до уваги пеналогічна (виховна, реабілітаційна) необхідність тримати когось у в'язненні. Іншими словами, довічники не знають, як їм отримати право на звільнення. У Суду викликало питання щодо обрахування «строку очікування» – терміну, який необхідно відбути перед тим, як звертатися за помилуванням. Положення вимагає відбути 20 років, і вже тоді виникає право клопотати перед Президентом. Смертна кара в Україні була замінена на довічне ув'язнення у 2000 р., а тому Уряд наполягав,

що лише у 2020 р. перші довічники зможуть звертатися до Президента. Суд збентежило те, що на практиці (станом на 6 липня 2016 р.) більше 70 пожиттєво ув'язнених відбули 20 років в неволі, і 40 з них вже просили в Президента про звільнення та отримали відмову. Суд відзначив неузгодженість позиції Уряду України та правозастосовної практики, назвавши це «показником відсутності прозорості та певності в застосуванні помилування». Наступним аргументом ЄСПЛ стало те, що Комісія при Президентові України у питаннях помилування не зобов'язана аргументувати відмови у застосуванні помилування, ці рішення не є публічними і не підлягають оскарженню. На думку Суду, прозорість системи застосування помилування могла б бути забезпечена іншими засобами – публікацією детальних звітів про діяльність Комісії або зобов'язанням Комісії брати до уваги іноземну та міжнародну судову практику з інтерпретації принципів прав людини. Як і завжди, ЄСПЛ зауважив, що не в праві визначати, як саме Україна має гарантувати перегляд рішень у справах про помилування. Це може бути як оскарження до суду, так і перегляд органами виконавчої влади. Проте для того, аби гарантувати засудженому, що його рух у напрямі перевиховання та реабілітації належно оцінили, «перегляд має бути вмотивованим, щоб уникнути свавілля» – зазначає Євросуд⁷. ЄСПЛ назвав інститут президентського помилування «сучасним еквівалентом королівської пощади», що заснована на принципі гуманності, але не є механізмом, заснованим на пенологічних підвалинах із наданням адекватних процесуальних гарантій засудженим. Особливо важливо відзначити висновок Суду про те, що Україна не впоралася із завданням надати довічникам можливість реабілітації. В той час, як однією з підстав для помилування є «щире каяття, особа та поведінка засудженого», Україна позбавила довічно ув'язнених осіб можливості досягти прогресу, не створивши реабілітаційних та виховних програм. Держави-члени Ради Європи зобов'язані створити тюремні режими, які сприятимуть реабілітації. Натомість в Україні пожиттєво засуджені відокремлені від інших в'язнів і проводять 23 години на день у своїх камерах без нормальних активностей та взаємодії. «Уряд не зміг пояснити, як в таких умовах в'язні повинні досягати прогресу, – сказав Суд. – Україна також не надала жодної інформації щодо соціальної реабілітації засуджених до довічного ув'язнення». Цікаво зазначити, що Суд не присудив пану Петухову компенсації за відсутність «права на надію», підкресливши, що констатація порушення є достатньою сатисфакцією.

Дійсно, в Україні склалася негативна практика, коли в переважній більшості випадків суди України відмовляють від звільнення від покарання особи за хворобою. Людина, її життя і здоров'я, визнаються найвищою соціальною цінністю. А відтак, ненадання адекватної медичної допомоги під час тримання під вартою та неможливість такого тримання з огляду на тяжкий стан здоров'я є порушенням прав людини. Крім того, науковці наголошують на відсутності системної юридичної практики Вищої Ради правосуддя щодо притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності за ігнорування практики ЄСПЛ, а також на колізії законодавства щодо застосування до суддів процедури регресної вимоги грошових коштів, які були виплачені на виконання остаточних рішень ЄСПЛ⁸.

Висновки. Європейський суд відіграє важливу роль у захисті прав людини в Україні. Міжнародна співпраця держав у сфері прав людини відбувається у формі запровадження певних стандартів щодо змісту правового статусу індивіда та прийняття державами зобов'язань дотримуватися цих стандартів у своєму внутрішньому законодавстві та в повсякденній діяльності. Також варто зазначити, що існують фактори, які створюють перешкоди ефективності впливу практики ЄСПЛ на здійснення національного правосуддя, зокрема, відсутність цілісного усвідомлення того, що практика ЄСПЛ є невід'ємною складовою конвенційної системи захисту прав людини і, як наслідок, некоректне сприйняття суддями її юридичної природи, а також недоліки чинного законодавства, в нормах якого передбачено різні правові механізми застосування або врахування практики ЄСПЛ при здійсненні правосуддя. Наразі існують перспективи запровадження в національне законодавство досвіду зарубіжних держав. Рішення ЄСПЛ прямо зобов'язують Україну реформувати систему перегляду довічного ув'язнення. Суд допускає подібні втручання у внутрішні справи країни вкрай рідко і лише при системних порушеннях прав людини. Водночас, для належного моніторингу функціонування аналізованого інституту, статистичний облік має відображати застосування всіх норм про звільнення від покарання.

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Редакція від 30.11.2015 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

² Горюх О.П. Сучасні кримінально-правові проблеми звільнення від покарання та його відбування: монографія / за наук. ред. А.А. Музики. Київ: ВД «Дакор», 2019. 676 с.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України Редакція від 11.09.2020 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua>

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (Конвенцію ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.97). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/sh>

⁵ ЄСПЛ назвав підстави для звільнення злочинця від покарання. URL: https://zib.com.ua/ua/143343-espl_nazvav_pidstavi_dlya_zviltennya_zlochincy_vid_pokarann.html

⁶ Положення про порядок здійснення помилування. Затверджено Указом Президента України від 21.04.2015 р. № 223/2015 (редакція від 22.08.2019). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua>

⁷ Європейський Суд: Україна відповідальна за нелюдське поводження з кожним в'язнем-довічником. Система потребує реформ. URL: <https://helsinki.org.ua>

⁸ Завгородній В.А. Чинники, що перешкоджають ефективності впливу практики Європейського Суду з прав людини на здійснення правосуддя в Україні. *Міжнародні стандарти справедливого правосуддя та їх імплементація в українське законо-*

давство: матеріали міжнародної наук.-практ. конференції, Київський національний університет імені Тараса Шевченка (м. Київ, 17 грудня 2018 р.). Київ: Алерта, 2018. 304 с.

Резюме

Семенюк І.М. Досвід Європейського Суду з прав людини щодо обґрунтування відповідних рішень в аспекті положень про звільнення засуджених від покарання.

У статті здійснено дослідження особливостей застосування практики Європейського Суду з прав людини щодо обґрунтування відповідних рішень в аспекті положень про звільнення засуджених від покарання. Вказано фактори, що створюють перешкоди ефективності впливу практики ЄСПЛ на здійснення національного правосуддя. Визначено, що дотримання норм Конвенції про захист прав і основоположних свобод суб'єктами здійснення правосуддя априорі неможливе без урахування існуючої практики Європейського Суду з прав людини.

Ключові слова: звільнення від покарання, Європейський суд з прав людини, зарубіжний досвід, кримінальна відповідальність, міжнародна практика, національне законодавство, рішення суду, правосуддя.

Резюме

Семенюк І.Н. Опыт Европейского Суда по правам человека по обоснованию соответствующих решений в аспекте положений об освобождении осужденных от наказания.

В статье проведено исследование особенностей применения практики Европейского Суда по правам человека по обоснованию соответствующих решений в аспекте положений об освобождении осужденных от наказания. Указано факторы, создающие препятствия эффективности воздействия практики ЕСПЧ на осуществление национального правосудия. Определено, что соблюдение норм Конвенции о защите прав и основных свобод субъектами осуществления правосудия априори невозможно без учета существующей практики Европейского Суда по правам человека.

Ключевые слова: освобождение от наказания, Европейский суд по правам человека, зарубежный опыт, уголовная ответственность, международная практика, национальное законодательство, решения суда, правосудие.

Summary

Iryna Semeniuk. The experience of the European Court of Human Rights in substantiating relevant decisions in the aspect of the provisions on the release of convicts from punishment.

The article examines the peculiarities of the application of the case law of the European Court of Human Rights to substantiate the relevant decisions in terms of provisions on the release of convicts from punishment. The factors that create obstacles to the effectiveness of the impact of ECtHR practice on the administration of national justice are indicated. It is determined that the observance of the norms of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the subjects of justice is a priori impossible without taking into account the existing case law of the European Court of Human Rights.

It is indicated that at different stages of criminal liability there may be certain legal facts that determine the inexpediency of sentencing the convict, actual or full execution of the sentence, inability to achieve the purpose of the sentence, the inability of the convict to serve his sentence. National courts must take into account the experience of the ECtHR in justifying the relevant decisions in terms of the provisions on the release of convicts from punishment. Despite a large body of research on exemption, a number of issues regarding the application of the rules of this legal institution remain unresolved, many of which are insufficiently covered or controversial. In particular, in our opinion, a promising area of research is the functionality of the institution of exemption from punishment in the law of foreign countries.

It is analyzed that the practice (legal positions) of the Strasbourg Court, from which the understanding of convention norms derives and is derived, is a dynamic aspect of law that adapts to specific historical conditions as a result of their dynamic interpretation by ECtHR judges. The above allows us to conclude that the most correct approach is in which the source of law is the rules of the Convention in their understanding of the ECtHR. That is, the Convention and the practice of the ECtHR in its entirety, unity. Their separate consideration or selection often leads to an optional direct perception of ECtHR practice and a systematic violation of the Convention. The establishment of the ECtHR in its decision of the fact of violation of the norms of the Convention is undoubtedly a direct consequence of the unsatisfactory activity of the national judicial branch of power, which raises the question of the responsibility of their officials. It is determined that there is a causal link between the results of judges' actions in Ukraine (their decisions) and the consequences of payments from the state budget in the framework of the execution of ECtHR decisions. Consequently, judges in Ukraine, along with other officials, should be jointly and severally liable.

Key words: release from punishment, the European Court of Human Rights, foreign experience, criminal responsibility, international practice, national legislation, court decisions, justice.

О.Ю. ТАРАСЕНКО

*Олена Юріївна Тарасенко, головний спеціаліст
департаменту аналітичної та правової роботи
апарату Верховного Суду**

ORCID: 0000-0002-4753-0856

АНАЛІЗ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ АБО ЕКСПЛУАТАЦІЇ ТРАНСПОРТУ ОСОБАМИ, ЯКІ КЕРУЮТЬ ТРАНСПОРТНИМИ ЗАСОБАМИ

Постановка проблеми. Виокремленням та вивченням проблем призначення покарання у національному праві займалися такі науковці, як Р.Ш. Бабанли, М.І. Бажанов, В.М. Бурдін, Є.В. Віблій, А.А. Вознюк, О.П. Горох, О.О. Дудоров, А.О. Данилевський, Н.М. Мирошніченко та інші. Зважаючи на важливість глибокого вивчення і дослідження проблем призначення покарання за окремі злочини, в межах цієї статті здійснено відповідний аналіз стану призначення покарання за порушення правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами (ч. 1 ст. 286 ККУ). Крім того, беручи до уваги значну кількість дорожньо-транспортних пригод, що виникають в результаті порушення учасниками правил дорожнього руху, питання призначення покарання за ч. 1 ст. 286 ККУ є досить важливим і необхідним для вивчення.

Метою статті є вивчення тенденцій із призначення покарання судами за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 ККУ та пошук шляхів задля подолання проблем, що виникають при призначенні покарання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Задля цього аналізу випадковим методом було відібрано та вивчено 200 обвинувальних вироків судів першої інстанції за ч. 1 ст. 286 ККУ, ухвалених у 2019 р. завдяки встановленню відповідних фільтрів Єдиного державного реєстру судових рішень. До цієї категорії не було включено вироків, якими затверджено угоди про визнання винуватості або примирення винного з потерпілим, а також звільнення особи від кримінальної відповідальності, оскільки вони варті окремої уваги.

Зважаючи на те, що упродовж підготовки цієї статті 1 липня 2020 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» (№ 2617-VIII), яким, серед іншого, посилено відповідальність за вчинення злочину, передбаченого статтею, що є предметом розгляду цієї статті, аналіз призначення покарання за вироків судів, ухвалених із врахуванням нових законодавчих положень, наразі не є можливим у зв'язку із незначною кількістю таких вироків.

Частину першою ст. 286 ККУ¹ (у редакції статті до 1 липня 2020 р.) передбачалось, що у разі порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, таке діяння каралось штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк до трьох років або без такого. Основними покараннями для цього виду злочину є: штраф, виправні роботи, арешт, обмеження волі. Додатковим покаранням, застосування якого до 1 липня 2020 р. належало до дискреційних повноважень суду, є позбавлення особи права керувати транспортними засобами.

В аспекті обраного предмета дослідження варто розглянути особливості призначення кожного із передбачених санкцією ч. 1 ст. 286 ККУ покарань, що наведені нижче.

Частина перша ст. 53 Кримінального кодексу України закріплює штраф як грошове стягнення, що накладається судом у випадках і розмірі, встановлених в Особливій частині ККУ, з врахуванням положень частини другої цієї статті.

За результатами дослідження, найчисленнішим із призначених видів покарань за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 ККУ, є штраф, що становить 62,5 % від усього обсягу досліджених вироків (125 зі 200). Примітно, що за умови призначення судами покарання у вигляді штрафу його розмір у 54 % випадках (68 зі 125) не перевищував мінімально встановлені 200 НМДГ (3400 грн). Таким чином, у 68 випадках із 200 досліджених (34 %) за вчинення аналізованого злочину призначається мінімальне покарання.

Лише у 24 % вироків (30 зі 125) розмір штрафу дорівнював 300 НМДГ (5100 грн), і у 6,4 % вироків (8 зі 125) розмір призначеного штрафу був максимальним – 500 НМДГ (8500 грн).

До прикладу, Дарницький районний суд м. Києва розглянув кримінальне провадження (справа № 753/8609/19) за обвинуваченням особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 ККУ, що спричинило наїзд на пішохода. Суд першої інстанції, призначаючи покарання, врахував зокрема ступінь тяжкості вчиненого злочину, дані про особу винного, який судимості не мав, характеризувався за місцем проживання задовільно, на обліку в лікарів нарколога та психіатра не перебував, був пенсіонером, наявність обставин, які пом'якшують покарання та відсутність обставин, які його обтяжують, визнав за необхідне призначити покарання у вигляді штрафу в розмірі 500 НМДГ (8500 грн) з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк два роки².

Схожа за обставинами справа № 161/8977/19 перебувала на розгляді Луцького міськрайонного суду Волинської області. Суд при призначенні покарання винній особі визнав також необхідним застосувати штраф, але в його мінімальному розмірі – 200 НМДГ (3400 грн) з урахуванням інформації про стан здоров'я винного, що останній не перебував на обліку в лікарів нарколога і психіатра та за допомогою до них не звертався, вину визнав повністю, щиро розкався у вчиненому, добровільно відшкодував завдані збитки, понесені лікарнею, позитивно характеризувався, був особою пенсійного віку. Додатково, суд першої інстанції також призначив додаткове покарання у вигляді позбавлення права керувати транспортними засобами на 1 рік³.

Розмір призначеного покарання у першій справі порівняно із другою є значно більшим, однак співвіднесення обставин злочину між собою та аналіз відповідних обвинувальних вироків не дає змоги з'ясувати, яка підстава була визначальною для такої різниці в покараннях. Беручи до уваги те, що обидві винні особи в цих справах є особами пенсійного віку, незрозуміло, чому суд в першій справі визнав необхідним покарати винного пенсіонера більшим розміром штрафу аніж у другій.

У будь-якому разі, належне обґрунтування судом своїх мотивів при обранні того чи іншого виду покарання та визначення його розміру у відповідних межах є надзвичайно важливим і необхідним під час призначення покарання.

Відповідно, призначаючи покарання як у мінімальних, так і в максимальних його розмірах, суд має враховувати ключові цілі такого покарання задля належної їх реалізації.

Отже, першою виявленою тенденцією є те, що в переважній більшості випадків за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, призначається покарання у вигляді штрафу.

Наступним за суворістю покаранням, передбаченим санкцією ч. 1 ст. 286 ККУ, є виправні роботи. За частиною першою ст. 57 ККУ, покарання у виді виправних робіт встановлюється на строк від шести місяців до двох років і відбувається за місцем роботи засудженого. Із суми заробітку засудженого до виправних робіт провадиться відрахування в доход держави у розмірі, встановленому вирокі суду, в межах від десяти до двадцяти відсотків.

Із 200 проаналізованих вироків судів першої інстанції жодного разу суди не призначили цей вид покарання. З цього приводу виникає декілька міркувань. По-перше, цей вид покарання має одну із умов його застосування – наявність у винного місця роботи. По-друге, зважаючи на наявність у санкції покарання у вигляді штрафу, що також має свій грошовий вираз, застосування виправних робіт у цьому разі не завжди є доцільним, адже штраф стягується одноразово, і в такому випадку є більші шанси, що мета покарання буде досягнута, адже відрахування в разі призначення виправних робіт цілком залежать від умови працевлаштування особи, що можуть змінитись під впливом різноманітних факторів і обставин. На нашу думку, підвищений розмір штрафу, поєднаний із позбавленням права керувати транспортними засобами, матиме більший ступінь караності, виправлення та превенції, аніж виправні роботи.

Ю.В. Баулін, у контексті покарання у вигляді виправних робіт, підкреслив, що наявність у КК виправних робіт є перехідним явищем, і зрештою необхідно відмовитись від такого покарання, встановивши замість нього різновид штрафу⁴. Таким чином, доцільність існування такого виду покарання, як виправні роботи, має бути предметом подальшої оцінки законодавцем з урахуванням сучасних реалій функціонування суспільства. Підтвердженням цьому свідчить і виявлена нами тенденція, згідно з якою цей вид покарання за вчинення аналізованого злочину не застосовується, що є другою виокремленою нами тенденцією.

Наступним покаранням, що відрізняється більшим ступенем суворості, є арешт. Згідно з частиною першою ст. 60 ККУ, арешт полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції і встановлюється на строк від одного до шести місяців. Із 200 досліджених вироків, лише у двох випадках судами було застосовано покарання у вигляді арешту (1 % від досліджених вироків).

Богородчанський районний суд Івано-Франківської області (справа № 348/1774/19) призначив особі покарання у вигляді арешту на строк трьох місяців разом із позбавленням права керувати транспортними засобами на два роки⁵. Суд у цій справі врахував, зокрема, тяжкість вчиненого, особу винного, позитивну характеристику особи за місцем проживання, обставини, що пом'якшують покарання – щире каяття і добровільне відшкодування понесених потерпілою на лікування витрат та відсутність обставин, що обтяжують покарання.

В іншій справі (№ 628/3012/19) Куп'янський міськрайонний суд Харківської області призначив особі покарання також у вигляді арешту на строк шість місяців із позбавленням права керувати транспортними засобами на один рік⁶. Суд у цій справі встановив, що обвинувачений раніше притягався до кримінальної відповідальності, в тому числі за вчинення тяжкого злочину, мав не погашену судимість, за місцем мешкання характеризувався задовільно, на обліку у лікаря-психіатра не перебував, але перебував на обліку у лікаря-нарколога, страждав на тяжке захворювання – туберкульоз легенів. Обставиною, що пом'якшувала покарання, у цьому випадку було щире каяття винного, а обставин, що обтяжують покарання, встановлено не було.

Призначене покарання в наведених прикладах викликає необхідність його подальшого поглибленого аналізу. Так, у першій справі, беручи до уваги декілька обставин, що пом'якшують покарання, та відсутність обставин, що його обтяжують, суд фактично позбавив особу свободи, що є найсуворішим покаранням. Натомість у другій справі, зважаючи на відсутність обставин, що обтяжують покарання та тяжке захворювання винного туберкульозом легень, незрозуміло, яким чином покарання у вигляді арешту, що фактично позбавить особу свободи, реалізує мету покарання. Враховуючи низку рішень Європейського суду з прав людини, якими неодноразово констатувалась проблема неналежних умов тримання під вартою і ненадання належного рівня медичної допомоги в Україні, обґрунтованість такого покарання з огляду на хворобу винного викликає сумнів.

Крім цього, ймовірно, що низькі показники застосовності арешту свідчать про наявність проблем під час його реалізації.

Н.О. Чудик та К.А. Мудрик у своїй праці звернули увагу на проблемні аспекти відбування покарання у виді арешту. Автори підкреслили, що фізичний аспект такої ізоляції полягає у фактичному поміщенні особи до спеціальної установи виконання покарань – арештного дому. На відміну від покарання у вигляді позбавлення волі, до засуджених осіб до арешту не вживаються жодних пізнавально-виховних заходів, залучення до суспільно корисних робіт, задля формування правильного ставлення до правил поведінки. З огляду на короткостроковість такого виду покарання, на думку Н.О. Чудик та К.А. Мудрик, така виховна діяльність не є доцільною⁷.

Отже, у межах майбутніх досліджень варто з'ясувати, чи дійсно покарання у вигляді арешту є необхідним і адекватним для реалізації його мети, і чи інші види покарання зможуть повною мірою її досягти.

Обмеження волі є найсуворішим із передбачених ч. 1 ст. 286 ККУ покарань, що полягає у триманні особи в кримінально-виконавчих установах відкритого типу без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за нею нагляду з обов'язковим залученням засудженого до праці і може призначатись на строк до трьох років. Зі всієї сукупності проаналізованих вироків частка цього виду покарання становить 36,5 % (73 вирокі із 200).

Варто окремо зауважити, що у 100 % випадках призначення покарання у вигляді обмеження волі суди звільняли осіб від відбуття такого покарання з випробуванням із встановленням іспитового строку.

За результатами дослідження з'ясувалось, що у 34 % випадках (25 вироків із 73) суди першої інстанції призначали таке покарання строком на один рік.

До прикладу, Бердянський міськрайонний суд Запорізької області (справа № 310/5752/19), розглянувши кримінальне провадження за обвинуваченням особи у порушенні правил дорожнього руху у зв'язку із чим було вчинено наїзд на пішохода та заподіяно останньому середньої тяжкості тілесні ушкодження, із врахуванням тяжкості злочину, наявності обставин, що пом'якшують покарання та відсутності обставин, які обтяжують покарання, особу винного, який раніше не судимий, не працював, характеризувався позитивно, призначив останньому покарання у вигляді одного року обмеження волі із позбавленням права керувати транспортними засобами на один рік та звільненням від відбування основного покарання з випробуванням на той самий строк⁸.

Натомість вже в іншій справі Амур-Нижньодніпровський районний суд міста Дніпропетровська (№ 199/2543/19), розглянувши справу за аналогічним обвинуваченням, однак з іншим наслідком порушення правил дорожнього руху – наїздом на огорожу, у зв'язку із чим були заподіяні тілесні ушкодження пасажирів автомобіля, із врахуванням тяжкості злочину, обставин, що пом'якшують покарання, та обставин, що обтяжують покарання, яким у цій справі був стан алкогольного сп'яніння, особи винного, призначив останньому також один рік обмеження волі із позбавленням права керувати транспортним засобом на три роки та звільнив винного від відбуття основного покарання з випробуванням, встановивши іспитовий строк в один рік⁹. З цього слідує, що порушення особою правил дорожнього руху в стані алкогольного чи іншого виду сп'яніння має каратись більш суворо, ніж за відсутності такого стану, і зокрема це має відобразитись на розмірі основного покарання.

Натомість, лише у 14 % досліджених вироків (10 із 73) суди призначали обмеження волі на строк три роки. Біляївський районний суд Одеської області розглянувши кримінальне провадження (справа № 496/215/19) за аналогічною статтею обвинувачення – порушення правил дорожнього руху, в результаті чого відбулось зіткнення з іншим автомобілем і заподіяння особі середньої тяжкості тілесних ушкоджень, з урахуванням ступеню тяжкості вчиненого злочину, особи винного, який вперше притягувався до кримінальної відповідальності, за місцем проживання характеризувався позитивно, мав на утриманні дитину-інваліда, обставини, які обтяжують покарання: вчинення злочину у стані алкогольного сп'яніння, призначив обвинуваченому три роки обмеження волі із позбавленням права керувати транспортними засобами на той самий строк та звільнив від відбування основного покарання з випробуванням, встановивши іспитовий строк на три роки¹⁰.

Підсумовуючи наведене, зазначимо, що значна різниця у розмірі покарання у вигляді обмеження волі за цим злочином також має місце. Це вимагає дослідження стану призначення покарання й за іншими частинами ст. 286 ККУ та пошуку універсальних шляхів задля подолання цієї проблеми.

Слід звернути увагу і на ще один цікавий аспект призначення покарання за ч. 1 ст. 286 ККУ. Вивчаючи питання про обрання того чи іншого виду покарання за ч. 1 ст. 286 ККУ, факт відсутності місця роботи чи доходу суди визнають як обставину, за якої призначення покарання у вигляді штрафу чи виправних робіт не є доцільним.

До прикладу, Солом'янський районний суд м. Києва у справі № 760/1634/19, вирішуючи питання про обрання особи виду і розміру покарання, підкресливши, що «...враховуючи, те що обвинувачений офіційно не працював... на думку суду призначати покарання у вигляді штрафу є недоцільним...», призначив винному за ч. 1 ст. 286 ККУ покарання у вигляді трьох років обмеження волі із звільненням від відбуття призначеного покарання з випробуванням із іспитовим строком на один рік¹¹.

Голопристанський районний суд Херсонської області (справа № 654/217/19) при обранні виду та міри покарання винній особі також врахувавши ступінь тяжкості вчиненого нею злочину, дану на особу позитивні громадську та виробничу характеристики з попереднього місця роботи, обставини, що пом'якшують покарання, зміст досудової доповіді, відсутність постійного місця роботи та доказів отримання будь-яких доходів, що унеможливує призначення обвинуваченому покарання у виді штрафу та виправних робіт, дійшов висновку про доцільність призначення покарання у вигляді обмеження волі із застосуванням ст. 75 КК України та додаткового покарання у виді позбавлення права керувати транспортними засобами¹².

Варто підкреслити, що визнання відсутності місця роботи і доходу як обставини, що «грає» на користь покарання у вигляді обмеження волі і одночасно визнає неможливим призначення покарання у вигляді штрафу жодним чином не кореспондує засадам призначення покарання. Якщо при розгляді кримінальної справи суд встановить, що винна особа не має постійного місця роботи чи доходу і це є одним із факторів, що унеможливує призначення покарання у вигляді штрафу, вважаємо, що слід додатково з'ясувати думку обвинуваченого з цього приводу. Не варто ігнорувати ситуацій, за яких винний матиме змогу сплатити штраф (заощадження, позика і т.д.), адже в такому разі через покладення тягаря сплати штрафу він усвідомить наслідки вчиненого діяння, і мета покарання буде досягнута.

Доцільно також окремо розглянути застосування положень ст. 69 ККУ під час визначення розміру покарання за порушення правил безпеки дорожнього руху.

Із 200 вироків у двох випадках суди призначали покарання із застосуванням положень ч. 1 ст. 69 ККУ, що становить 1% від досліджених вироків. Цікаво, що положення частини цієї статті застосовувались саме до покарання у вигляді штрафу. До прикладу, Смілянський міськрайонний суд Черкаської області (справа № 703/303/19), розглянувши кримінальне провадження про порушення правил безпеки дорожнього руху, у зв'язку із чим було вчинено наїзд на пішохода, встановив, що зважаючи на вік обвинуваченого, декілька обставин, які пом'якшують покарання (щире каяття, визнання вини, активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування завданих збитків потерпілій) і відсутність обставин, що його обтяжують, визнав за доцільне застосувати положення ч. 1 ст. 69 ККУ і призначив обвинуваченому штраф у розмірі 150 НМДГ (2500 грн)¹³.

У своєму дисертаційному дослідженні в аспекті реалізації спеціальних засад призначення покарання, зокрема щодо застосування положень частини першої ст. 69 ККУ, Р.Ш. Бабанли зауважив, що результати аналізу судової практики в частині вирішення питання про наявність фактичних підстав призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, дають змогу констатувати, що судами не в усіх випадках враховується винятковість правила призначення покарання, передбаченого ст. 69 ККУ, що зумовлене ненаданням належної оцінки існуючим чинникам, які характеризують підвищену суспільну небезпечність посягання й особи винного, таких як множинність злочинів, попереднє притягнення до кримінальної відповідальності, вчинення злочину у співучасті, насильницький характер злочинних посягань, що призводить до скасування судових рішень судами вищих інстанцій¹⁴. Такі висновки, окрім іншого, знайшли своє підтвердження і щодо призначення покарання за ч. 1 ст. 286 ККУ.

Дійсно, проаналізувавши кримінальну справу, в якій суд не застосував положення частини першої ст. 69 ККУ та наведений вище вирок суду, в якому ці норми права були застосовані, постає питання, чим саме наведені вище обставини, що пом'якшують покарання у своїй сукупності, істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, відрізняються від аналогічних обставин, що пом'якшують покарання в інших справах, де положення частини першої ст. 69 ККУ застосовано не було. Враховуючи дискусійність застосування положень ст. 69 ККУ, проблеми, що у зв'язку із цим виникають, варті додаткового обговорення.

Не менш цікавим в аспекті призначення покарання є застосування положень ст. 75 ККУ стосовно звільнення від відбування покарання з випробуванням.

У межах аналізу було встановлено, що разом із призначенням основного покарання у вигляді обмеження волі, суди в усіх випадках звільняли засуджених від відбуття такого покарання з випробуванням із встановленням іспитового строку. Таке «тотальне» застосування судами положень ст. 75 ККУ може позбавити сенсу призначене покарання. Не в кожній такій справі засуджений дійсно усвідомлює всю суспільну небезпечність порушення ним правил дорожнього руху, а тому з метою покарання, виправлення та спеціальної превенції можливість звільнення особи від відбування основного покарання з випробуванням потребує ретельного та виваженого підходу.

Варто зазначити і особливості застосування судами додаткового покарання у вигляді позбавлення права керувати транспортними засобами. Положення ч. 1 ст. 286 ККУ передбачають строк цього додаткового покарання у межах від одного до трьох років. Лише у 79 випадках від всього обсягу взятих для вивчення вироків судами першої інстанції разом із основним покаранням також застосовувалось позбавлення права керувати транспортним засобом, що становить лише 39,5% від усього обсягу взятих вироків. Беручи до уваги особливості цього складу злочину, а саме те, що він вчиняється внаслідок доволі грубого порушення Правил

дорожнього руху, видається дискусійним підхід, при якому в більшій частині випадків додаткове покарання, яке абсолютною мірою корелює із видом вчинення злочину, не застосовувалося.

У судовій практиці мали місце і випадки незастосування такого додаткового покарання до осіб, робота яких пов'язана з водінням.

Богородчанський районний суд Івано-Франківської області (справа № 338/468/19), аналізуючи доцільність застосування додаткового покарання зауважив, що «...оскільки ОСОБА_1 є підприємцем, діяльність якого полягає у здійсненні пасажирських перевезень, що є єдиним джерелом заробітку, до обвинуваченого не слід застосувати додаткове покарання у виді позбавлення права керувати транспортними засобами». Суд у цій справі призначив обвинуваченому покарання у вигляді штрафу в розмірі 300 НМДГ без позбавлення права керувати транспортними засобами (5100 грн)¹⁵.

Асоціативний ряд «водій», «порушив правила дорожнього руху», «потерпілому заподіяно середньої тяжкості тілесні ушкодження», «здійснює пасажирські перевезення» сам по собі демонструє підвищену суспільну небезпеку злочинного діяння.

Особа, робота яких пов'язана з водінням, навпаки мають нести підвищений тягар відповідальності, адже від належного дотримання ними правил дорожнього руху залежить життя і здоров'я осіб, перевезення яких вони здійснюють, а тому обов'язкове призначення додаткового покарання у вигляді позбавлення права керувати транспортними засобами в цьому разі є цілком обґрунтованим і необхідним. А вже сам строк такого позбавлення має визначатись на розсуд суду із урахуванням всіх відповідних обставин справи. Варто зауважити при цьому, що все ж можуть бути випадки, коли застосування такого виду покарання до професійного водія було б непотрібним, однак ці випадки мають бути винятковими, а обґрунтування такого рішення, на наш погляд, слід детально навести у вироку.

Серед іншого, в судовій практиці трапляються непоодинокі випадки незастосування додаткового покарання у разі порушення особою правил дорожнього руху у стані сп'яніння. Канівський міськрайонний суд Черкаської області (справа № 697/55/19), вирішуючи питання призначення винному покарання, до обставин, що його пом'якшують, відніс його щире каяття у скоєному та активне сприяння розкриттю кримінального правопорушення, добровільне відшкодування завданої шкоди. Натомість обставиною, що обтяжує покарання, було вчинення особою злочину у стані алкогольного сп'яніння. Однак суд, врахувавши всі обставини справи, призначив винному покарання у вигляді двох років обмеження волі без позбавлення права керувати транспортним засобом та звільнив винного від відбування основного покарання з випробуванням із встановленням іспитового строку на один рік¹⁶. Варто підкреслити, що жодна із наведених у цій справі пом'якшувальних обставин не може нівелювати стан алкогольного сп'яніння особи, яка знаючи про відповідні заборони все ж вирішила сісти в такому стані за кермо, піддаючи небезпеці як себе, так і інших осіб.

З одного боку, обов'язковість позбавлення особи права керувати транспортними засобами у разі вчинення нею злочину у сфері дотримання правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту цілком могло б вирішити проблему непропорційності покарання, яка вже, до речі, набрала законної сили з 1 липня 2020 р. З іншого боку, порушення прав осіб, життя яких у разі позбавлення їх права керувати автомобілем буде значно утруднено, не оминати.

Задля дотримання балансу між реалізацією мети покарання та не покладенням надмірного тягаря на особу таким покаранням законодавцеві варто передбачити перелік випадків, за яких особу має бути обов'язково позбавлено права керувати транспортними засобами. Наприклад, до них можна віднести: стан сп'яніння, порушення правил дорожнього руху особою, робота якої пов'язана з пасажирськими перевезеннями чи великогабаритними вантажами, особа, яка протягом року до вчинення злочину вже була притягнута до відповідальності за вчинення адміністративного правопорушення на транспорті тощо. Такий перелік варто передбачати на основі як національної практики суду з розгляду злочинів на транспорті, так і інших держав.

У контексті наведеного варто також звернути увагу на деяку практику Верховного Суду.

Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду, розглянувши справу № 127/13708/18, зауважив, що суд першої інстанції зробив правильний висновок про можливість не призначати засудженому за ч. 1 ст. 286 КК додаткове покарання у виді позбавлення права керувати транспортними засобами, оскільки засуджений добровільно відшкодував потерпілому завдану шкоду, а також те, що засуджений потребує постійного користування транспортним засобом, оскільки є інвалідом третьої групи та має численні хвороби і йому необхідно регулярно відвідувати медичні заклади для отримання відповідної допомоги¹⁷.

Натомість, в іншій справі (№ 335/7027/18), Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду, розглянувши касаційну скаргу сторони захисту про недоцільність застосування додаткового покарання у вигляді позбавлення права керувати транспортним засобом до винного зауважив, що закон про кримінальну відповідальність не містить імперативних обмежень щодо можливості позбавлення права керувати транспортними засобами осіб, для яких діяльність, пов'язана з користуванням таким правом, є основним джерелом доходу. Існування такої обставини потребує лише більш виваженого та обережного підходу при обранні заходу примусу, виходячи із загальних засад справедливості, гуманізму та індивідуалізації. Крім цього, Верховний Суд висновив, що сама по собі долучена захисником до касаційної скарги довідка, видана товариством з обмеженою відповідальністю «Компанія Відіс», згідно з якою ОСОБА_1 займає посаду менеджера з маркетингу і його діяльність пов'язана із регулярними виїздами у відрядження на власному транспортному засобі, з урахуванням наведених вище обставин не свідчить про можливість виправлення засудженого без призначення додаткового покарання у виді позбавлення права керувати транспортними засобами¹⁸.

Підсумовуючи, обов'язкове застосування додаткового покарання у вигляді позбавлення права керувати транспортним засобом цілком доцільно і обгрунтовано знайшла своє втілення у законодавчих змінах, що набули чинності 1 липня 2020 р. Однак відсутність винятків із застосування такого правила може становити явно несправедливе покарання та особистий надмірний тягар для винної особи.

Висновки і перспективи подальших досліджень.

Проведення змістовного дослідження стану призначення покарання за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 ККУ, надало змогу з'ясувати проблемні аспекти, що виникають у зв'язку із цим. Так, варто звернути увагу на різницю у розмірі покарань у межах його одного виду, що за схожості обставин справ не відповідає засадам призначення покарання. Окрім іншого, обговорення потребує і врахування обставини відсутності місця роботи чи доходу при обранні покарання між штрафом/виправними роботами та обмеженням волі.

Крім цього, «тотальне» застосування ст. 75 ККУ при призначенні основного покарання у вигляді обмеження волі за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 ККУ, викликає сумнів у реалізації мети такого покарання.

Практика застосування додаткового покарання у вигляді позбавлення права керувати транспортними засобами надала можливість усвідомити, що останнє призначається судами в меншій половині проаналізованих справ. Крім того, зважаючи на обов'язковість застосування цього додаткового покарання з 1 липня 2020 р. та недопущення надмірного тягара непропорційним покаранням, законодавцеві варто розглянути можливість доповнення цього положення винятками із обов'язковості його застосування.

Водночас цей аналіз має за мету не критику судів під час призначення того чи іншого виду покарання, а висвітлення ключових аспектів та проблем, які у зв'язку із цим виникають. Це, відповідно, додає розуміння, яким чином необхідно вдосконалити кримінальне законодавство, зокрема і щодо призначення покарання за злочини в сфері безпеки дорожнього руху. У зв'язку із чим варто дослідити призначення покарання й за іншими частинами ст. 286 ККУ.

¹ Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25 (з останніми змінами і доповненнями). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

² Вирок Дарницького районного суду м. Києва від 4.10.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84941796>

³ Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 31.10.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85330630>

⁴ Баулін Ю.В. Виправні роботи у проєкті КК України. *Проблеми пенітенціарної теорії і практики*. 2001. № 6. С. 199–203.

⁵ Вирок Богородчанського районного суду Івано-Франківської області від 10.12.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86216784>

⁶ Вирок Куп'янського міськрайонного суду Харківської області від 24.12.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86601258>

⁷ Чудик Н.О., Мудрик К.А. Проблеми відбування покарання у виді арешту в Україні. *Право і суспільство*. 2016. № 2. С. 175–179. URL: [http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pis_2016_2\(2\)_33.pdf](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pis_2016_2(2)_33.pdf)

⁸ Вирок Бердянського міськрайонного суду Запорізької області від 26.11.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85889316>

⁹ Вирок Амур-Нижньодніпровського районного суду міста Дніпропетровська від 1.07.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82716849>

¹⁰ Вирок Білявського районного суду Одеської області від 12.06.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82359749>

¹¹ Вирок Солом'янського районного суду міста Києва від 12.06.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86432692>

¹² Вирок Голопристанського районного суду Херсонської області від 11.04.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81108837>

¹³ Вирок Смілянського міськрайонного суду Черкаської області від 3.04.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80908766>

¹⁴ Бабанли Р.Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади. Чернігів : Десна Поліграф, 2019. С. 260–261.

¹⁵ Вирок Богородчанського районного суду Івано-Франківської області від 20.05.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81871734>

¹⁶ Вирок Канівського міськрайонного суду Черкаської області від 24.07.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83251732>

¹⁷ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 12.09.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84305132>

¹⁸ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 15.10.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85075625>

Резюме

Тарасенко О.Ю. Аналіз призначення покарання за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами.

У статті висвітлено методологію і результати аналізу призначення покарання за порушення особою правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження (ч. 1 ст. 286 Кримінального кодексу України). Наведено співвідношення виду і розміру покарання, що призначались судами за цією статтею Кримінального кодексу України.

Проаналізовано призначення судами першої інстанції кожного із передбачених цією статтею Кримінального кодексу України видів і розмірів покарань та виокремлено тенденції з їх призначення на прикладі конкретних вироків судів першої інстанції. Серед іншого, автор дослідила стан застосування судами додаткового покарання у вигляді позбавлення права керувати транспортними засобами і запропонувала шляхи для його удосконалення.

Автор виокремила проблеми, що виникають при призначенні судами того чи іншого виду основного покарання та запропонувала можливі шляхи їх вирішення.

Ключові слова: мета покарання, призначення покарання, злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту, ч. 1 ст. 286 Кримінального кодексу України, основне покарання, додаткове покарання.

Резюме

Тарасенко Е.Ю. Анализ назначения наказания за нарушение правил безопасности дорожного движения или эксплуатации транспорта лицами, которые управляют транспортными средствами.

В статье освещены методология и результаты анализа назначения наказания за нарушение лицом правил безопасности дорожного движения или эксплуатации транспорта лицом, которое управляет транспортным средством, повлекшее за собой средней тяжести телесное повреждение (часть первая ст. 286 Уголовного кодекса Украины). Приведены соотношения вида и размера каждого из наказаний, которые назначались судами за совершение данного преступления.

Проанализировано назначения судами первой инстанции каждого из предусмотренных данной статьей Уголовного кодекса Украины видов и размеров наказаний, определены тенденции их назначения на примере конкретных приговоров судов первой инстанции. Среди прочего, автор исследовала состояние применения судами дополнительного наказания в виде лишения права управления транспортными средствами и предложила пути для его усовершенствования.

Автор установила проблемы, возникающие при назначении судами того или иного вида основного наказания и предложила возможные пути их решения.

Ключевые слова: цель наказания, назначение наказания, преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта, часть первая ст. 286 Уголовного кодекса Украины, основное наказание, дополнительное наказание.

Summary

Olena Tarasenko. Analysis of penalties imposed for violations of traffic or traffic safety regulations by persons who drive vehicles.

The article covers the methodology and results of the analysis of sentencing for violation of traffic safety rules or operation of transport by persons who drive vehicles which caused the victim average of seriousness bodily injury (Part 1 of Article 286 of the Criminal Code of Ukraine). The ratio of the type and amount of punishment imposed by courts under this article of the Criminal Code of Ukraine on the basis of sentences passed by courts of first instance during 2019 is given. According to its results, the most common types of penalty provided by the sanction of Part 1 of Article 286 of the Criminal Code of Ukraine are a fine and restriction of liberty.

The appointment of the courts of first instance under the sanction of Part 1 of Article 286 of the Criminal Code of Ukraine of each of the types of penalty as a fine, correctional labor, arrest and restriction of liberty is analyzed. The author outlined the main aspects in the using of these types of punishments by the courts.

The article also reveals the characteristics of the application by the courts of the provisions of Articles 69 and 75 of the Criminal Code of Ukraine.

Among other things, the author examined the state of application by the courts of additional punishment in the form of deprivation of the right to drive vehicles. According to the results, such an additional punishment in 2019 was applied by courts in less than half of the analyzed sentences. The author also analyzed the consequences of the obligation to apply it, which is provided by changes to the legislation from July 1, 2020. In addition, the author of the article suggested possible solutions to the problem, which are likely to arise as a result of the mandatory deprivation of the right to drive vehicles. In this context, some examples of the case law of the Supreme Court were also cited.

According to the results of the analysis, the author identified the problems that arise when sentencing courts under Part 1 of Art. 286 of the Criminal Code of Ukraine and suggested possible ways to solve them. The expediency of examining the state of sentencing under other parts of Article 286 of the Criminal Code of Ukraine is also considered.

Key words: purpose of punishment, imposition of punishment, crimes against traffic safety and operation of transport, part 1 of Art. 286 of the Criminal code of Ukraine, the main punishment, additional punishment.

О С. ШРАМОВА

*Олександра Сергіївна Шрамова, аспірантка Київського національного університету імені Тараса Шевченка, докторантка Страсбурзького університету**

ORCID: S-4606-2016

СПРАВА ПРО ПОЧАТОК ЛЮДСЬКОГО ЖИТТЯ

Постановка проблеми. У кримінальному праві України початком людського життя вважається початок фізіологічних пологів. Посягання, вчинені до початку фізіологічних пологів, не кваліфікуються як злочини. Водночас існує суспільна потреба у кримінально-правовому захисті людського життя і здоров'я і до початку фізіологічних пологів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В українській юридичній літературі зазначена проблема є малодослідженою. Ряд недоліків нормативного забезпечення кримінально-правової охорони життя ембріона та плода людини було окреслено О.М. Дуфенюк¹. О.О. Гуменна звертала увагу на недоліки кримінального закону щодо кримінальної відповідальності за незаконне проведення абортів, дослідів над людиною, клонування людини тощо². Про необхідність застосування кращого зарубіжного досвіду кримінально-правової охорони ненародженого життя зазначала Х.І. Романюк у проекті концепції кримінально-правової охорони демографічної безпеки, репродуктивного здоров'я та ненародженого життя, запропонованому авторкою у її дисертації на тему «Кримінальна відповідальність за незаконне проведення абортів»³. У зазначених публікаціях досліджено важливі аспекти кримінально-правової охорони дитини на пренатальній стадії розвитку, однак питання кримінально-правового захисту від нанесення тілесних ушкоджень залишилося поза увагою.

Формулювання мети статті. Проілюструвати практику застосування кримінального закону щодо початку життя людини та запропонувати зміни до Кримінального кодексу України з урахуванням досвіду зарубіжних країн.

Виклад основного матеріалу. 28 квітня 2014 р. у смт. Авангард Овідіопольського району Одеської області жінка, яка знаходилася на 27-му тижні вагітності, втрутилася у бійку і отримала удар коліном у живіт. Зігнувшись, вона закричала від болю, після чого її було доставлено в лікарню. Лікарі діагностували передчасне відшарування плаценти з кровотечею, що викликало необхідність виконання кесарева розтину. У результаті проведеної операції був народжений хлопчик з масою тіла 980 г, який прожив 35 годин та помер від легенево-серцевої недостатності внаслідок масивних внутрішньошлункових крововиливів. Комісійною судово-медичною експертизою було встановлено причинно-наслідковий зв'язок між ударом коліном в живіт та смертю новонародженого хлопчика.

Обвинуваченому були інкриміновані наступні статті Кримінального кодексу України (далі – КК України):
– ч. 1 ст. 125 – «Умисне легке тілесне ушкодження» за садно вушної раковини, нанесене обвинуваченим іншому учаснику бійки;

– ч. 1 ст. 121 – «Умисне тяжке тілесне ушкодження», оскільки удар призвів до переривання вагітності;

– ч. 1 ст. 119 – «Вбивство через необережність» щодо хлопчика, який на момент удару знаходився в утробі матері.

Розглядаючи частину обвинувачення за ч. 1 ст. 119 КК України, суд виправдав обвинуваченого за відсутністю складу злочину, мотивуючи це тим, що «початковим моментом життя як об'єкта посягання при вбивстві слід вважати початок фізіологічних пологів... посягання на плід людини до початку пологового процесу не є посяганням на життя (незалежно від віку плода) і не може кваліфікуватися як вбивство»⁴.

В апеляційні скарги адвокат потерпілої вказав, що суд першої інстанції безпідставно виправдав обвинуваченого за ч. 1 ст. 119 КК України, а за ч. 1 ст. 121 КК України призначив занадто м'яке, несправедливе покарання. Тому адвокат просив скасувати вирок у цій частині та ухвалити новий, яким визнати обвинуваченого винним у скоєнні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 119 КК України та призначити покарання у вигляді п'яти років позбавлення волі⁵.

Апеляційний суд відзначив протиріччя у мотивувальній частині вироку, допущені судом першої інстанції: суд визнав встановленими обставини кримінального провадження по епізоду, що кваліфікують дії обвинуваченого за ч. 1 ст. 119 КК України, однак одночасно в цій же частині вироку суд вказав, що в діях обвинуваченого відсутній склад злочину, передбачений цією статтею. Справу було направлено на новий розгляд у цьому ж суді першої інстанції, але в іншому складі⁶.

© О.С. Шрамова, 2020

* *Oleksandra Shramova, Postgraduate student of Taras Shevchenko National University of Kyiv and of the University of Strasbourg*

Суд першої інстанції прийняв рішення про невідповідність обвинувального акта та додатків до нього вимогам ст. ст. 109, 291 Кримінального процесуального кодексу України і повернення у зв'язку з цим обвинувального акта прокурору⁷. В ухвалі суду 1-ї інстанції щодо повернення обвинувального акта прокурору не було жодного слова про обвинувачення за ч. 1 ст. 119 КК України.

Тим не менш, новий обвинувальний акт, переданий до суду, вже не містив обвинувачення за ч. 1 ст. 119 КК України. Суд виніс новий вирок вже без обвинувачення за ч. 1 ст. 119 КК України і більше не торкався цього питання, проігнорувавши вищенаведене зауваження апеляційного суду. Відповідальність за ч. 1 ст. 121 КК України було збільшено з п'яти до шести років позбавлення волі⁸.

Що не так у цій справі? Обвинувачений за один удар в живіт вагітної жінки дістав значне покарання у вигляді шести років позбавлення волі. Однак, як слушно зазначається в юридичній літературі, кримінальне покарання має цілий ряд функцій: крім каральної, ще й охоронну, виховну та превентивну. Ці функції мають на меті вплив не лише на винну особу, а й на її оточення та громадянське суспільство в цілому⁹. Держава у діях винного надала оцінку лише шкоді здоров'ю жінки. Життя дитини, яка вже була життєздатною і народилася живою, держава не вважає вартим кримінально-правової охорони. Цим самим у суспільство транслюється: дитина не має жодної цінності до моменту народження, будь-кого можна вбити в утробі матері та залишитися безкарним.

У літературі слушно зазначається, що для кримінально-правової охорони суб'єктність жертви не обов'язкова¹⁰. Це підтверджується і досвідом деяких зарубіжних країн, де кримінальне законодавство та/або судова практика тією чи іншою мірою забезпечують захист життя дитини, яка знаходиться на пренатальній стадії розвитку (від зачаття до народження), хоча дитина до народження і не визнається суб'єктом права. Так, наприклад, ст. 304А Кримінального кодексу Греції встановлює посилену кримінальну відповідальність за нанесення фізичної шкоди новонародженій дитині та/або плоду, хоча попередня стаття цього ж кодексу встановлює деякі винятки для переривання вагітності¹¹. Статтею 200 Кримінального кодексу Румунії встановлено кримінальну відповідальність за спричинення шкоди дитині як під час вагітності, так і протягом пололів¹². Стаття 156a.85 Кримінального кодексу Польщі також встановлює кримінальну відповідальність за нанесення фізичної шкоди тілу зачатої дитини, роблячи виняток для посягань з боку матері цієї дитини, а також для лікаря у випадку, коли така фізична шкода є необхідною для усунення загрози життю чи здоров'ю вагітної жінки чи зачатої дитини¹³. Тут необхідно додати, що у польській правовій системі діє принцип захисту права на життя на пренатальній стадії у межах, встановлених законом¹⁴.

Варто зазначити, що вищезазначені країни встановлюють кримінальну відповідальність за нанесення шкоди дитині на пренатальній стадії розвитку незалежно від того, народилася вона живою чи ні, іноді навіть встановлюючи посилену відповідальність для випадків, коли шкода дитині призвела до її смерті (наприклад, ч. 1 ст. 200 Кримінального кодексу Румунії). Такий підхід є логічним з огляду на принцип пропорційності кримінального покарання.

Існує й інший підхід, коли шкода, нанесена дитині на пренатальній стадії розвитку, набуває юридичного значення лише у випадку, якщо дитина народжується живою. У країнах загального права цей принцип називається правилом живонародження («born alive rule»)¹⁵. Суб'єктність дитини на пренатальній стадії розвитку у цьому випадку також не визнається. Парадоксальність цього правила полягає у тому, що кримінальна відповідальність за нанесення шкоди дитині до народження настає лише у випадку, коли шкода не була настільки значною, щоб перервати життя дитини до моменту народження. Зрозуміло, що найбільш серйозні злочини з таким підходом залишаються безкарними, тоді як менш серйозні тягнуть за собою кримінальне покарання.

Таким випадком була, зокрема, справа 1970 р. «Кілер проти Вищого Суду Амадорського округу», коли вбивство дитини у гестаційному віці 34–36 тижнів та її подальше мертвонародження з проломленою головою шляхом кесарева розтину у штаті Каліфорнія не змогли кваліфікувати як вбивство з тієї причини, що відповідна норма кримінального закону, яка діяла на момент інциденту, не охоплювала життєздатний, але ще не народжений плід. Розширювальне тлумачення цієї норми порушило б права обвинуваченого, який не міг передбачити, що його діяння заборонене кримінальним законом¹⁶.

Саме ця резонансна справа стала причиною внесення змін до Кримінального кодексу штату Каліфорнія¹⁷. Наразі Каліфорнія є одним із 38 штатів США, де дитина на пренатальній стадії розвитку визнається жертвою у справах про вбивства¹⁸. Законодавство різниться від штату до штату: у деяких з них кримінальний захист поширюється на весь період внутрішньоутробного розвитку, а в деяких - лише на пізніші його етапи; іноді дитина до народження прямо визнається людською істотою, а іноді слово «плід» згадується поряд з поняттям «людська істота», начебто розрізняючи їх. У деяких штатах дитина на пренатальній стадії розвитку визнається особою для цілей кримінального права. Наприклад, у штаті Арканзас ст. 5-1-102 (13) кодексу Арканзасу містить визначення поняття «особа» із застереженням: «для статей 5-10-101–5-10-105 “особа”, також включає ненароджену дитину в утробі на будь-якій стадії розвитку. “Ненароджена дитина” означає нащадків людських істот від зачаття до народження»¹⁹. Устав штату Флорида у ст. 775.021 визначає ненароджену дитину як «представника виду Homo sapiens на будь-якій стадії розвитку, який знаходиться в утробі матері»²⁰. Уставом передбачено, що «будь-яка особа, яка вчинила кримінальний злочин і у процесі завдала шкоди чи смерті ненародженій дитині, вчиняє окреме правопорушення, якщо положення чи статут не передбачають конкретного окремого правопорушення за таку смерть чи каліцтво ненародженої дитини»²¹.

На федеральному рівні у Сполучених Штатах Америки з 2004 р. діє Федеральний закон про ненароджених жертв насилля (Federal Unborn Victims of Violence Act of 2004). Закон доповнив ч. I розділу 18 кодексу Сполучених Штатів Главою 90А «Захист ненароджених дітей», що містить, зокрема, наступні положення:

«(1)(a) У разі порушення положень закону, перерахованих в частині (b), що призвело до смерті або тілесних ушкоджень (як визначено в розділі 1365) дитини, що знаходиться в утробі матері, винна особа звинувачується у скоєнні окремого злочину відповідно до цього розділу.

(2)(a) За винятком випадків, передбачених цим пунктом, покарання за спричинення травми або смерті дитини в утробі матері відповідно до цього Федерального закону є аналогічним покаранню за спричинення таких ушкоджень вагітній жінці»²².

Таким чином, у Сполучених Штатах Америки питання кримінального захисту дитини на пренатальній стадії розвитку є вирішеним, у тому числі іноді - на рівні окремих штатів - з визнанням суб'єктності дитини на пренатальній стадії розвитку.

Суто з юридичної точки зору відповідальність третіх осіб за завдання шкоди здоров'ю чи життю дитині на пренатальній стадії розвитку не означає, що така ж відповідальність має бути передбачена і для матері дитини – вагітної жінки. Встановлення кримінальної відповідальності вагітної жінки за завдання шкоди життю чи здоров'ю дитині, яка знаходиться в її утробі, є вельми суперечливим питанням. Прикладом цьому є нещодавня справа штату Алабама. Марша Джонс, яка знаходилася на п'ятому місяці вагітності, ініціювала бійку з іншою жінкою. Остання, захищаючись, вихопила пістолет та зробила постріл у живіт Марші Джонс, в результаті якого дитина в утробі померла. У штаті Алабама дитина до народження на будь-якій стадії розвитку незалежно від життєздатності вважається особою і прирівнюється до вже народженої дитини. Кримінальне обвинувачення у ненавмисному вбивстві за не досить зрозумілою логікою було висунуте Марші Джонс, оскільки саме вона, ініціювавши бійку, наразила на небезпеку свою ненароджену дитину. Справа досягла неабиякого резонансу і, зрештою, обвинувачення було знято²³.

Між справою Марші Джонс та справою, розглянутою Овідіопольським районним судом, є схожість: жінка за власною ініціативою вступила у конфліктну ситуацію, достеменно знаючи про свою вагітність та небезпеку, на яку вона наражає свою ненароджену дитину. Чи мають такі дії отримувати кримінально-правову оцінку? Це питання є дискусійним і його вирішення виходить за межі предмета нашого дослідження, яке стосується насамперед відповідальності третіх осіб за шкоду життю та здоров'ю дитині на пренатальній стадії розвитку.

Переривання вагітності, за яке передбачена відповідальність у межах ст. 121 КК України, несе в собі високий ступінь суспільної небезпеки не тільки для вагітної жінки, а й для дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку. Так, у випадку переривання вагітності на строках пізніше 22 тижнів дитина може вижити, однак передчасне народження може мати негативні наслідки для здоров'я дитини у вигляді ризику розвитку короткострокових та довгострокових захворювань, таких як дитячий церебральний параліч, розумові розлади, хронічне запалювання легенів, втрата слуху і зору тощо. Окрім того, передчасне народження може мати наслідком смерть дитини, як це сталося у справі, розглянутій Овідіопольським районним судом. Тілесне ушкодження може бути не лише умисним, а й необережним, воно також може не призвести до переривання вагітності, однак все одно завдати шкоди дитині на пренатальній стадії розвитку.

Висновки. Пропонується доповнити Кримінальний кодекс України статтями такого змісту:

«Стаття 128-1. Необережне тілесне ушкодження, заподіяне дитині, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку

1. Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, заподіяне дитині, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку, –

карається виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило переривання вагітності або смерть дитини, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

Примітка. Відповідальність за статтями 128-1 та 125-1 цього кодексу не несе жінка щодо діяння, заподіяного власній дитині, а також лікар у випадку здійснення переривання вагітності у випадках та порядку, встановлених законодавством, чи надання медичної допомоги жінці чи її дитині на пренатальній стадії розвитку.

Стаття 125-1. Умисне тілесне ушкодження дитині, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку

1. Умисне тілесне ушкодження середньої тяжкості дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку, –

карається обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Умисне тяжке тілесне ушкодження дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили переривання вагітності або смерть дитини, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до десяти років.»

¹ Дуфенюк О.М. Проблемні аспекти криміналізації діянь проти життя ембріона та плода людини. *Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдов-*

коналення): матеріали II Всеукраїнської наук.-практ. конференції 17–18.04.2008 р. Львів, 2008. С. 107–112. URL: http://medical.law.org.ua/uploads/media/02_107_01.pdf (дата звернення: 27.08.2020).

² Гуменна О.О. Кримінально-правовий захист людини у сфері біомедицини. *Медичне право України: проблеми становлення та розвитку*: матеріали I Всеукраїнської наук.-практ. конференції 19–20.04.2007 р. Львів, 2007. С. 113–119. URL: http://medicallaw.org.ua/uploads/media/01_113_04.pdf (дата звернення: 27.08.2020).

³ Романюк Х.І. Кримінальна відповідальність за незаконне проведення абортів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2019. URL: http://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/naukova%20diyainst/dorobok_zdobuvachiv/romanuk_d.pdf (дата звернення: 27.08.2020).

⁴ Вирок Овідіопольського районного суду Одеської області від 11.08.2015 р. у справі № 509/5677/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/48674428> (дата звернення: 26.08.2020).

⁵ Ухвала апеляційного суду Одеської області від 20.10.2015 р. у справі № 509/5677/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52542409> (дата звернення: 26.08.2020).

⁶ Там само.

⁷ Ухвала Овідіопольського районного суду Одеської області від 23.11.2015 р. у справі № 509/5677/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53887381> (дата звернення: 26.08.2020).

⁸ Вирок Овідіопольського районного суду Одеської області від 19.07.2016 р. у справі № 509/5522/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59057394> (дата звернення 26.08.2020).

⁹ Осауленко А.О. Функції кримінального покарання: загальнотеоретичний аспект. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2014. № 4. С. 192.

¹⁰ Bertrand-Mircovic A. La notion de personne: Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître. *Presses universitaires d'Aix-Marseille*. 2003. P. 25.

¹¹ ΠΟΙΝΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ. URL: <http://www.penelfa.gr/images/ekpaideutiki-nomo8esia/pinikos%20kodikas.pdf> (дата звернення: 26.08.2020).

¹² Codul penal. URL: <http://www.imliasi.ro/Noul%20cod%20penal.pdf> (дата звернення: 26.08.2020).

¹³ Kodeks karny z dnia 19 kwietnia 1969 r. URL: <https://www.prawo.pl/akty/dz-u-1969-13-94,16787601.html> (дата звернення: 26.08.2020).

¹⁴ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. URL: <https://www.prawo.pl/akty/dz-u-1969-13-94,16787601.html> (дата звернення: 26.08.2020).

¹⁵ Шрамова О.С. Правило живонародження («born alive rule») в загальному праві: причини виникнення та актуальність в сучасних умовах. *Право, юридична наука та освіта: здобутки та перспективи (Костенківські читання)*: зб. матеріалів Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 25 квітня 2019 р.). Київ: Вид-во «Людмила», 2019. С. 447–450.

¹⁶ Keeler v. Superior Court, 2 Cal.3d 619, 470 P.2d 617, 87 Cal.Rptr. 481, 40 A.L.R.3d 420 (Cal. Jun 12, 1970).

¹⁷ California Penal Code, section 187. URL: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=8.&part=1.&chapter=1.&article (дата звернення: 26.08.2020).

¹⁸ State Laws on Fetal Homicide and Penalty – enhancement for Crimes Against Pregnant Women. URL: <http://www.ncsl.org/research/health/fetal-homicide-state-laws.aspx> (дата звернення: 26.08.2020).

¹⁹ Arkansas Code 5-1-102 (13). URL: <https://law.justia.com/codes/arkansas/2019/title-5/subtitle-1/chapter-1/section-5-1-102/> (дата звернення: 28.08.2020).

²⁰ Fla.Stat. Ann. § 775.021. (5)(e). URL: http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0775/Sections/0775.021.html (дата звернення: 28.08.2020).

²¹ Fla.Stat. Ann. § 775.021. (5). URL: http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0775/Sections/0775.021.html (дата звернення: 28.08.2020).

²² UNBORN VICTIMS OF VIOLENCE ACT OF 2004. URL: <https://www.congress.gov/108/plaws/publ212/PLAW-108publ212.pdf> (дата звернення: 26.08.2020).

²³ Manslaughter Charge Dropped Against Alabama Woman Who Was Shot While Pregnant. *The New York Times*. URL: <https://www.nytimes.com/2019/07/03/us/charges-dropped-alabama-woman-pregnant.html> (дата звернення: 26.08.2020).

Резюме

Шрамова О.С. Справа про початок людського життя.

У статті розглядається питання початку людського життя в кримінальному праві України на прикладі кримінальної справи. Дитина, отримавши травми внутрішньоутробно, була народжена живою і життєздатною, але померла через 35 годин внаслідок отриманих травм. Оскільки в кримінальному праві України початком людського життя вважається початок фізіологічних пологів, суд не зміг визнати вбивством спричинення смерті дитини, яке сталося до початку фізіологічних пологів. У статті аналізуються приклади регулювання аналогічних відносин в інших країнах та пропонуються зміни до Кримінального кодексу України щодо захисту дитини на пренатальній стадії розвитку від посягань третіх осіб.

Ключові слова: дитина на пренатальній стадії розвитку, ненароджена дитина, початок людського життя, пренатальні права, фетицид, ембріон, плід.

Резюме

Шрамова А.С. Дело о начале человеческой жизни.

В статье рассматривается вопрос начала человеческой жизни в уголовном праве Украины на примере уголовного дела. Ребенок, получив травмы внутриутробно, был рожден живым и жизнеспособным, но умер через 35 часов вследствие полученных травм. Поскольку в уголовном праве Украины началом жизни считается начало физиологических родов, суд не смог признать убийством причинение смерти ребенку, которое случилось до начала физиологических родов. В статье анализируются регулирование аналогичных отношений в других странах и предлагаются изменения в Уголовный кодекс Украины относительно защиты ребенка на пренатальной стадии развития от посягательств третьих лиц.

Ключевые слова: ребенок на пренатальной стадии развития, нерожденный ребенок, начало человеческой жизни, пренатальные права, фетицид, эмбрион, плод.

Summary

Oleksandra Shramova. Case about the beginning of human life.

This article considers question of where human life begins for the criminal law of Ukraine with the help of a criminal case study. The child, having received intrauterine traumas as a result of a third party assault, was prematurely born alive and viable. However, in 35 hours he died from traumas which were received prenatally. As in the criminal law of Ukraine beginning of human life is associated with the beginning of physiological delivery, the court was not capable of recognising as a murder the attack to life of the child, which took place before the commencement of physiological delivery.

In some countries, such as Greece, Romania and Poland, the child in prenatal stage is protected by the criminal law without being recognised as a subject of law.

Some other countries apply the so called “born alive rule”, whereas prenatal harm to the child becomes legally significant only in the case of subsequent live birth. In this approach, a perpetrator paradoxically is more likely to be held responsible for a less severe harm. In case if assault leads to the death of the child prenatally, the assailant will not be recognised guilty of a murder.

In the majority of the US states, the statutes were gradually changed in order to overcome this rule in jurisprudence. Some states recognise legal personhood of the child in prenatal stage for the purposes of criminal law. The US federal law as of 2004 also provides for criminal law protection of the unborn children, establishing that violent offences against the unborn shall be punishable in the same way as those committed against already born people.

This, however, does not mean that a pregnant woman must be held responsible for causing harm to her child prenatally. Doctors who are acting in accordance with law and pregnant mothers are usually excluded from the scope of protection of the criminal law. In case of the opposite, the threshold between the lawful and unlawful behavior is very uncertain.

Need for protection of the children in prenatal stage from third party assaults, on its part, is more than certain. Therefore, the author suggests to introduce two articles into the Criminal code of Ukraine providing for responsibility for intentional and unintentional injuries to a child in prenatal stage, except for cases when these injuries are caused by the mother or by the doctor committing a lawful abortion or providing medical assistance to the woman or to her child in prenatal stage.

Key words: child in prenatal stage, unborn child, beginning of human life, prenatal rights, feticide, embryo, foetus.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.59

УДК 34.096

Н.Р. МАЛИШЕВА, А.М. ГУРОВА

*Наталія Рафаелівна Малишева, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0001-6630-227X

*Анна Михайлівна Гурова, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України***

ORCID: 0000-0003-4134-761X

ПРАВОВІ ЗАСАДИ КІБЕРБЕЗПЕКИ КОСМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В США: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Кіберпростір, тобто віртуальний простір, який складається з глобального взаємозв'язку комп'ютеризованого цифрового обладнання для обробки даних, інформаційних технологій, телекомунікаційних мереж та інформаційних систем, швидко проникає в усі аспекти нашого життя, породжуючи, з одного боку, значну залежність від нього суспільства, а з іншого, – небезпеки, що супроводжує його використання. Це повною мірою стосується й космічних послуг (телекомунікації, навігації, медичного забезпечення тощо), які за допомогою ІТ-технологій стають все більш доступними для широкого кола суб'єктів, однак водночас все більш вразливими. З огляду на критичну залежність космічної діяльності від кібербезпеки, необхідним стає розроблення ефективних правових механізмів запобігання та боротьби із вказаними загрозами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Актуальність вказаної проблеми стала підставою для її широкого обговорення в межах таких міжнародних організацій, як UNOOSA¹, UNIDIR², Secure World Foundation³. Не обійшли увагою питання використання кіберпростору в злочинних цілях, в тому числі й під час реалізації космічної діяльності, і вітчизняні науковці, зокрема П. Біленчук та М. Малій⁴. Проте відповідні дослідження були зосереджені на технічних і політичних аспектах проблеми та не вдавалися до детального аналізу інституційних і правових підходів до її вирішення.

Формулювання мети дослідження. Метою цієї статті є розкриття сучасного стану та перспектив розвитку правових та організаційних засад кібербезпеки у США як держави, що першою в світі й найбільш успішно напрацювала спеціальні правові механізми убезпечення космічної діяльності від кіберзагроз, а також порівняння з рівнем розвитку відповідного регулювання в Україні, зважаючи на те, що наша держава перебуває на початковому етапі формування відповідних механізмів. Вказане порівняльне дослідження не слід розцінювати як модель для прямого запозичення досвіду США для України. Це скоріше ілюстрація загальних підходів до правового та організаційного забезпечення кібербезпеки як у державі в цілому, так і в її космічній сфері зокрема. Коротка характеристика процесу нормотворення у відповідній сфері в Україні покликана виявити реперні точки, на яких варто зосередити увагу, щоб актуалізувати вітчизняну космічну діяльність відповідно до новітніх вимог безпеки та сталості.

Виклад основного матеріалу. Історію розвитку законодавства США у сфері кібербезпеки можна поділити на 2 періоди: 1) початок 2000-х рр. – 2014 роки. Цей період був пов'язаний з домінуванням ідеї необхідності протистояння терористичним атакам, причому актуальність проблеми на порядок посилилась після

© Н.Р. Малишева, А.М. Гурова, 2020

* *Nataliia Malysheva, Dr. hab in Law, Professor, academician of NALS of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

** *Anna Hurova, Ph.D. in Law, Research fellow of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

теракту 11 вересня 2001 р. Саме в цей період були сформовані ключові державні органи кібербезпеки; 2) після 2014 р. донині: у відповідь на численні кібератаки формується законодавство, покликане протистояти новітнім загрозам, які ще не набули гостроти на початку тисячоліття. Законодавство щодо захисту інфраструктури від кіберзагроз розвивалось поступово, від обмеження кола адресатів лише федеральними органами⁵ до розбудови широкої мережі публічно-приватного партнерства в цій сфері.

Початок першого періоду ознаменувало рішення Президента США № 63 1998 р., згідно з яким у межах Федерального бюро розслідувань було утворене Управління захисту об'єктів критичної інфраструктури (National Infrastructure Protection Center); при цьому в кожному департаменті засновувались посади співробітників із контролю за критичною інфраструктурою, що згодом об'єдналися у відповідний центр у межах Департаменту торгівлі (Critical Infrastructure Assurance Office (CIAO) of Department of Commerce)⁶. Крім того, Законом про захист критичної інфраструктури 2001 р. було визначено базове для відповідного законодавства поняття «критичної інфраструктури» як фізичних чи віртуальних систем та активів, які є настільки необхідними для США, що їх виведення з ладу або знищення могло б мати послаблюючий вплив на безпеку, національну економіку, національне публічне здоров'я або будь-яке їх поєднання. Цим актом також позначені сфери критичної інфраструктури: транспорт, енергетика, телекомунікації, фінансові сервіси та вода. Пізніше до цих сфер були додатково включені сектори: критичного виробництва, надзвичайних сервісів, базової оборонної індустрії, дамб, хімічний, комерційного устаткування, урядового устаткування, продовольства та сільського господарства, охорони здоров'я, інформаційних технологій та ядерних реакторів, матеріалів та сміття (усього 16)⁷. Крім того, в цьому Законі зазначалось, що політика кібербезпеки має здійснюватись на засадах публічно-приватного партнерства, а також на засадах, згідно з якими будь-які порушення в роботі фізичної чи віртуальної інфраструктури мають бути рідкісними, короткими, обмеженими географічно, керованими та мінімально глибокими для економіки, людини, урядових сервісів та національної безпеки США. Вказаним законом було створено Національний центр моделювання та аналізу інфраструктури (National Infrastructure Simulation and Analysis Center (NISAC)), який отримував для цілей своєї діяльності дані як з державних, так і з приватних джерел та забезпечував роботу федеральних і локальних інституцій, відповідальних за захист критичної інфраструктури⁸.

Іншим важливим для сфери аналізу актом першого етапу слід визнати Закон США про Департамент національної безпеки 2002 р., згідно з яким на вказаний Департамент покладено обов'язок запобігати, мінімізувати та боротися з наслідками тероризму, для чого йому було надано широкі повноваження із захисту критичної інфраструктури, в тому числі й від кіберзагроз. У структурі Департаменту було виділено Агенцію кібербезпеки та безпеки інфраструктури, а також почала реалізовуватись програма щодо моделювання та аналізу інфраструктури. До повноважень Департаменту належить розробка національного плану забезпечення основних ресурсів та критичної інфраструктури в США⁹. Донині було розроблено два відповідних плани (так звані National Infrastructure Protection Plan (NIPP): 1) Партнерство для безпеки та стійкості критичної інфраструктури (2013 р.); 2) Прийняття виклику для розробки та впровадження (2018 р.)¹⁰.

Ще однією важливою функцією, закріпленою за Департаментом національної безпеки, є проведення всеохоплюючої оцінки вразливості ключових ресурсів та критичної інфраструктури США, який втілюється у формі підготовки Списку найпріоритетнішої критичної інфраструктури (National Critical Infrastructure Prioritization Program (NCIPP) list of the nation's highest-priority critical infrastructure (CI)). Підхід до віднесення об'єктів до критичної інфраструктури є дуже гнучким і базується на критеріях, розроблених самим Департаментом національної безпеки¹¹. У деяких дослідженнях підкреслюється, що не слід плутати Національну базу даних про активи з переліком критичних активів, оскільки перший є всеохоплюючим каталогом, що серед іншого включає й національну критичну інфраструктуру та ключові ресурси^{12,13}.

Ще одним вагомим нормативним актом першого етапу розвитку відповідного законодавства США став Закон про управління федеральною інформаційною безпекою 2002 р. (Federal Information Security Management Act of 2002 (FISMA)). Не зважаючи на те, що наразі діє його оновлена редакція 2014 р., в його первісній редакції закладені деякі важливі норми, які становлять основу сучасної моделі захисту інформації від кіберзагроз в США. По-перше, ним встановлено засади захисту чутливої інформації, створеної федеральними агентствами, тому навіть зараз якщо НАСА оголошує конкурс на реалізацію певного проєкту приватними суб'єктами, вказаний закон передбачає необхідність дотримання контрагентами цього федерального агентства вимог щодо убезпечення чутливої інформації. По-друге, урядові агенції зобов'язуються щорічно, а також в міру необхідності звітувати перед Конгресом про інциденти порушення інформаційної безпеки. По-третє, Національний інститут стандартів та технологій при Департаменті торгівлі був уповноважений на розробку стандартів та керівних принципів стосовно захисту інформаційних систем держави, які урядові структури мають імплементувати в свою діяльність¹⁴. Відповідно до вимог цього закону було прийнято низку стандартів: FIPS 199 «Стандарти для категоризації безпеки федеральних інформаційних систем»¹⁵ та FIPS 200 «Мінімальні вимоги безпеки для федеральних інформаційних систем»¹⁶ в комплексі з NIST 800-53 «Рекомендований контроль безпеки для федеральних інформаційних систем»¹⁷. Згідно з цими стандартами План безпеки таких систем підлягає сертифікації та акредитації відповідно до стандартів NIST SP 800-18¹⁸ та 800-37¹⁹. Зазначена система захисту в дещо зміненому вигляді функціонує й зараз.

Тут слід зробити ремарку: проаналізовані вище положення законодавства США не поширюються на інформаційну систему національної безпеки, яка використовується для розвідувальної, крипологічної діяльності та управління військами²⁰, оскільки за безпеку цієї інформації відповідає Головний інформаційний

офіс Департаменту безпеки США²¹. І хоча механізми забезпечення урядової інформації в цивільній і безпековій сфері є певним чином схожими, але компетенційно вони розділені.

Другий етап в законодавчому забезпеченні кібербезпеки інформаційних та інших активів США почався з 2014 р, коли було прийнято спеціальний Закон про національну кібербезпеку. Відповідно до цього Закону було надано визначення базових для цієї сфери понять. «Кібернетичний ризик» тут визначається як загроза або вразливість інформації чи інформаційних систем і будь-які пов'язані з ними обставини, спричинені або ті, що виникли внаслідок недозволеного доступу, використання, розкриття, пошкодження, зміни чи знищення інформації та інформаційних систем, включаючи такі, що спричинені актом тероризму. «Інцидент» визначається як випадок, який дійсно або неминуче без законних підстав загрожує цілісності, конфіденційності або доступності інформації в інформаційній системі чи становить порушення або неминучу загрозу порушення закону, політики безпеки, процедур безпеки або прийнятих правил використання²².

Згідно з цим Законом, до Національного інтеграційного центру із кібербезпеки та комунікацій Департаменту національної безпеки (The National Cybersecurity and Communications Integration Center (NCCIC)) увійшли як представники урядових структур, в тому числі розвідки, так і приватних компаній. Він став центральним хабом по виявленню кібернебезпек, уповноваженим на багатовекторне та міжсекторальне поширення інформації між урядовими структурами та приватним сектором, а також надання на вимогу технічної допомоги, сприяння управлінню ризиками і відповіді на інциденти. Крім того, цей орган виступає національним центром інформації про кібер- та комунікаційну техніку, проводить технічну експертизу та оперативну інтеграцію, а також керує 24/7 центром розвідування ситуацій, аналізу та реагування на інциденти, проводить глобальний обмін інформацією про кібер- та комунікаційні послуги²³. Крім цього, відповідно до вказаного Закону федеральним центром, який забезпечує інформацію від інцидентів, є United States Computer Emergency Readiness Team (US-CERT). Інформація про інцидент подається за спеціальними критеріями, які максимально допомагають виявити джерело загрози та масштаби шкоди. Отримана інформація оцінюється спільно US-CERT та NCCIC задля визначення ступеня небезпеки інциденту, а звіт про великі або значні кібернетичні інциденти відповідно до Директиви Президента № 41²⁴, подається в 7-денний строк до Конгресу²⁵. Ступінь відповідного інциденту оцінюється на підставі Системи оцінки кіберінцидентів (стандарт NIST 800-61)²⁶ та Схеми серйозності кіберінцидентів, відповідно до яких передбачено шість рівнів серйозності інцидентів. Якщо одночасно буде виявлено кілька інцидентів одного рівня щодо одного і той самого об'єкта, то оцінка небезпеки рівня інциденту піднімається на один порядок²⁷. Наразі відповідна система функціонує в межах Агенції з кібербезпеки та безпеки інфраструктури, заснованої відповідно до однойменного Закону 2018 р.²⁸

19 лютого 2019 р. Президентом США була підписана Директива щодо космічної політики № 4, відповідно до якої в межах Департаменту оборони створюється окремий підрозділ – Департамент космічних військ, задля забезпечення таких цілей: 1) захисту національних інтересів США в космосі і мирного використання космосу для всіх відповідальних суб'єктів, згідно із застосовним правом, в тому числі міжнародним; 2) забезпечення безперешкодного використання космосу США для цілей національної безпеки, економіки, громадян, партнерів та союзників; 3) стримування агресії та захисту нації та союзників від ворожих дій в / та / з космосу; 4) інтеграції космічних можливостей до всіх підрозділів військ; 5) побудови військових сил в / до космосу задля забезпечення національних інтересів тощо. Крім того, інші департаменти в складі Департаменту оборони, серед яких і департамент кібербезпеки, мають забезпечувати діяльність Департаменту космічних військ²⁹. Відповідно до стратегії цифрової модернізації до 2023 р. у США передбачається досягнення цілей, які стосуються безпеки космічної діяльності від кіберзагроз, а саме: 1) модернізувати управління, контроль, зв'язок та комп'ютеризацію інфраструктури та системи військових сил; 2) зміцнити співпрацю з міжнародними партнерами та союзниками за допомогою координації зусиль у рамках Міністерств оборони держав НАТО, союзників для просування оперативної сумісності та операційної коаліції, поглибити можливості обміну інформацією, надання партнерам доступу до набору основних послуг та оперативних інструментів для модернізованого виконання місії, зокрема послуг, інфраструктури та стандартів військового супутникового зв'язку (MILSATCOM); 3) покращити функціонування та захист позиціонування, навігації та хронометражу, що забезпечить точність удару та мережеву синхронізацію, поліпшить спроможності Об'єднаних сил діяти в умовах, що відрізняються від GPS або погіршених GPS; 4) забезпечити передачу даних про системи передачі сигналу, розвідку, нагляд та спостереження процесів, необхідних для розміщення даних з повітряних платформ до споживачів даних у момент потреби, що реалізовуватиметься за допомогою глобальних супутникових шлюзів для прямого зв'язку³⁰.

Ще більш рішучі дії щодо забезпечення критичної космічної інфраструктури від кібернетичних інцидентів ілюструє текст Директиви з космічної політики № 5 від 4 вересня 2020 р., в якій визначено, що принципи та практики кібербезпеки мають застосовуватись також до космічних систем, з особливим врахуванням віддаленого оновлення та реагування на інциденти, що вимагає інтегрованості їх в конструкцію космічного корабля перед запуском, оскільки в даний час фізичний доступ до більшості космічних апаратів на орбіті неможливий. Цікаво, що зазначена директива визнає необхідність захищати космічні системи від кіберінцидентів, не відносячи їх напряду до критичної інфраструктури, а з формулюванням їх функціоналу як запобігання порушенням їх здатності надавати надійну та ефективну підтримку в роботі критичної інфраструктури країни. Нею визначено і базовий термінологічний апарат, а саме: поняття «космічної системи», що поділяється на три сегменти: мережу наземного управління, космічний апарат та мережу користувача або місії.

Останні своєю чергою включають урядові космічні системи національної безпеки, урядові системи цивільного простору та приватні космічні системи. До «космічного механізму» Директива відносить супутники, космічні станції, ракети-носії, компоненти верхніх ступенів ракет-носіїв та космічні кораблі. Визначаються також поняття «позитивного контролю» та «критичних функцій» (збій або компрометація останніх може призвести до того, що космічний апарат не реагуватиме на санкціоновані команди, втрачатиме критичну здатність або відповідатиме на несанкціоновані команди).

До власників та операторів космічних систем пред'являється вимога розробляти та реалізовувати плани кібербезпеки, які серед іншого мають містити: а) захист від несанкціонованого доступу до критичних функцій, б) заходи фізичного захисту систем управління та телеметричного приймача, в) захист зв'язку за допомогою захищених передавачів приймання, шифрування, моніторингу потужності сигналу, г) захист наземних систем з метою зменшення ризику зараження шкідливим програмним забезпеченням та зловмисного доступу до систем, у тому числі від інсайдерських загроз, д) прийняття практик гігієни кібербезпеки, фізичної безпеки автоматизованих інформаційних систем та методологій виявлення вторгнень до елементів системи, таких як інформаційні системи, антени, термінали, приймачі, маршрутизатори, пов'язані локальні та глобальні мережі і джерела живлення, е) управління ризиками всього ланцюга поставок; оцінка інших доступних заходів зменшення ризику³¹. Вказаний документ та визначені у ньому правила містять лише загальні норми, але вони поклали початок поглибленому галузевому регулюванню кібербезпеки в космічній сфері, розробленню галузевих керівних правил, затвердження кращих практик, стандартів тощо.

Переходячи до аналізу відповідної правової ситуації в Україні, насамперед зазначимо, що усвідомлення кіберзагроз, а отже, й нормотворення у відповідній сфері тут розпочалось значно пізніше, головним чином у зв'язку з виявленням вразливості критичної інфраструктури до кібератак, джерела яких походили від держави-агресора. Однак розвиток відповідного законодавства в Україні також можна поділити на два етапи, причому другий наразі тільки розпочався.

Указом Президента України № 96/2016 було введено в дію рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 р. «Про Стратегію кібербезпеки України», на підставі якої було прийнято Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України». На виконання положень цього Закону було ухвалено постанову КМУ № 563 від 23 серпня 2016 р. «Про затвердження Порядку формування переліку інформаційно-телекомунікаційних систем об'єктів критичної інфраструктури держави» та постанову КМУ № 518 від 19 січня 2019 р. «Про затвердження Загальних вимог до кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури». Вказані акти сьогодні становлять основу законодавства про кібербезпеку в Україні, яке планувалось застосовувати в комплексі із законодавством щодо національної безпеки та захисту інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах, а також підзаконними актами Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України.

Систему органів, на які покладено функції з кіберзахисту в державі, наразі становлять:

– Національний координаційний центр кібербезпеки³² при Раді національної безпеки і оборони України, що здійснює координацію та контроль за діяльністю суб'єктів сектору безпеки.

– Кабінет Міністрів України (далі – КМУ), який забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері кібербезпеки та ряд дотичних функцій.

– Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України – центральний орган виконавчої влади із спеціальним статусом, до повноважень якого належить, зокрема, формування переліку інформаційно-телекомунікаційних систем об'єктів критичної інфраструктури держави, державний контроль за станом захисту у кіберпросторі державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, кіберзахисту критичної інформаційної інфраструктури, координація діяльності суб'єктів забезпечення кібербезпеки щодо кіберзахисту, забезпечення впровадження організаційно-технічної моделі кіберзахисту та функціонування Державного центру кіберзахисту, урядової команди реагування на комп'ютерні надзвичайні події України CERT-UA³³.

– Кіберполіція в структурі Національної поліції України, до повноважень якої належать: реалізація державної політики в сфері протидії кіберзлочинності, завчасне інформування населення про появу нових кіберзлочинців, впровадження програмних засобів для систематизації кіберінцидентів, реагування на запити зарубіжних партнерів, які будуть надходити по каналах Національної цілодобової мережі контактних пунктів³⁴.

– Управління інформаційних технологій Міноборони, до повноважень якого належить забезпечення організації та координація діяльності структурних підрозділів Міністерства оборони у сфері інформаційної безпеки, кібербезпеки та інформатизації, участь у формуванні переліку критичної інфраструктури, участь у моніторингу інформаційного середовища, виявленні потенційних та реальних інформаційних і кібернетичних загроз національній безпеці України в сфері оборони; участь відповідно до компетенції в оцінці рівня воєнної загрози національній безпеці України, проведення інформаційно-аналітичної діяльності та прогнозування розвитку подій, пов'язаних з реалізацією кіберзагроз, здійснення відповідних інформаційних заходів³⁵. Примітно, що саме на це Управління покладено повноваження стосовно провадження, відповідно до закону, космічної діяльності у сфері оборони та національної безпеки України.

До системи протидії кіберрозвідкам іноземних держав, боротьбу з кібертероризмом і кібершпигунством тощо відносять і Ситуаційний центр забезпечення кібербезпеки Служби безпеки України, хоча ця обслуговуюча допоміжна структура до органів держави, звісно, віднесена бути не може³⁶.

Склад органів кіберзахисту в Україні в цілому належить до сектору безпеки і оборони в розумінні ч. 2 ст. 12 Закону України (далі – ЗУ) Про «Про національну безпеку України», що є цілком логічним з огляду на те, що кібербезпека є складовою національної безпеки і оборони³⁷. Водночас слід зазначити, що відповідні органи створюють базу для розвитку спеціальної системи кіберзахисту у всіх галузях господарювання, де є об'єкти критичної інфраструктури. І перші спроби створення таких механізмів уже зроблено в фінансовій сфері.

Так, команда реагування на кіберінциденти в банківській системі (CSIRT-NBU) Центру кіберзахисту Національного банку України³⁸ проводить раннє оповіщення, обмінюється інформацією, технічними стандартами та навіть проводить спільні навчання з Державною службою спеціального зв'язку та захисту інформації України відповідно до Меморандуму про взаємодію та співробітництво в сфері кібербезпеки та кіберзахисту від 2 серпня 2019 р.³⁹ Водночас вважаємо, що такий інструмент, як меморандум про співробітництво між державними органами, не є адаптованим для відповідних відносин інструментом, його юридична сила чітко не визначена. На нашу думку, взаємодію між державними та приватними суб'єктами у сфері забезпечення кібербезпеки доцільно було б регламентувати в окремому законі або принаймні у постанові КМУ. Крім того, слід брати до уваги, що механізми кіберзахисту не обмежуються національними кордонами, а тому в правовому порядку мають бути враховані вимоги щодо інтероперабельності.

Слід зазначити, що аналізуючи перші кроки реалізації чинної моделі кіберзахисту в Україні, можна вже констатувати низку проблем. Насамперед впадає в очі наявне дублювання, а подекуди й суперечливість базових термінів «кібератака», «об'єкти критичної інфраструктури» та деякі інші, що використовуються в різних нормативних актах. Не сприяє ефективному розвитку правовідносин у відповідній сфері й те, що досі не існує затвердженого переліку об'єктів критичної інфраструктури та чітких вимог до проведення незалежного аудиту інформаційної безпеки. Підзаконні акти Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України спрямовані головним чином на захист державних інформаційних ресурсів і не враховують вимог щодо взаємодії державного та приватного секторів у питаннях захисту критичної інфраструктури незалежно від належності її до тієї чи іншої форми власності.

Водночас слід констатувати, що увага до цієї проблематики в державі зростає. Зокрема, Український інститут майбутнього у 2020 р. представив доповідь «Кібербезпека. Новий підхід в Україні», в якій вказав на застарілість стратегії кібербезпеки, відсутність єдиної національної системи захисту критичної інфраструктури, необхідність розроблення законодавчих актів, що реалізують положення Конвенції Ради Європи про кіберзлочинність, а також зміни інституційної моделі побудови системи кібербезпеки України за секторальним принципом з огляду на прийняття закону про критичну інфраструктуру⁴⁰.

Розробленням проекту закону «Про критичну інфраструктуру», на нашу думку, було розпочато 2-й етап розвитку вітчизняного законодавства про кібербезпеку. У відповідному законопроекті визначається досить розгалужена державна система захисту критичної інфраструктури з розподілом на режими функціонування, критерії віднесення об'єктів до критичної інфраструктури, їх категоризація й паспортизація, контроль за рівнем безпеки об'єктів критичної інфраструктури шляхом оцінки захищеності об'єктів критичної інфраструктури⁴¹. Водночас пропонується у вказаному проекті модель має низку недоліків, серед яких: 1) нечітка інституційна система забезпечення кібербезпеки (РНБО не включена до відповідної системи, центральні органи виконавчої влади розподіляються без чітких та зрозумілих підстав паралельно на спеціальні, інші та органи виконавчої влади, які визначені відповідальними за відповідні сектори критичної інфраструктури; при цьому взаємодія між органами влади визначається як за посередництвом затвердженого КМУ Регламенту обміну інформацією, так і відповідно до планів взаємодії з суб'єктами державної системи захисту, який погоджується у встановленому законодавством порядку; 2) критерії віднесення до об'єктів критичної інфраструктури не є чіткими, вони включають об'єкти загальнодержавного значення, що становлять підвищену небезпеку, мають стратегічне значення, підлягають охороні та обороні в умовах надзвичайного стану і особливого періоду тощо, що цілком може не підпадати під ознаки об'єкта критичної інфраструктури, яким визначається підприємство, установа, організація, а не природний ресурс чи інший об'єкт матеріального світу; 3) режими функціонування державної системи кіберзахисту не відображають ключової характеристики взаємодії із кіберзагрозами – оперативності, адже у вказаному проекті зазначається, що уповноважений орган у сфері захисту критичної інфраструктури надає пропозиції щодо оголошення зміни режимів функціонування державної системи захисту критичної інфраструктури КМУ, що може зайняти дні чи тижні, коли рахунок буде йти на секунди і хвилини. Це стосується й паспортизації об'єктів критичної інфраструктури, адже стрімкий розвиток кіберзагроз може виявити недієвість громіздкої системи паспортизації; 4) передбачену систему контролю за рівнем безпеки об'єктів критичної інфраструктури без визначення механізмів реагування на виявлення порушень також не можна визнати адекватним засобом.

Висновки. Наразі в Україні базове законодавство про кібербезпеку знаходиться на стадії формування, тому розроблення спеціального правового забезпечення цих відносин у космічній сфері може зіштовхнутися зі значними проблемами. Внаслідок дублювань та прогалів в розмежуванні повноважень між МЕРТ, а сьогодні вже Мінстратегпромом⁴², та ДКА України, яке виникло на підставі постанови КМУ № 1072 від 4 грудня 2019 р.⁴³, не зрозуміло, який із цих органів має бути відповідальним у сфері космічної діяльності за вказаний сектор критичної інфраструктури. На нашу думку, вказану функцію мало б взяти на себе ДКА України.

Як в чинному законодавстві про кібербезпеку, так і в проекті ЗУ «Про критичну інфраструктуру», відсутні будь-які згадки про необхідність формування спеціальних правових норм із забезпечення кібербезпеки космічної діяльності. Виняток може становити хіба що декларативна вказівка в Стратегії кібербезпеки

України на необхідність розвитку інфраструктури електронних комунікацій, включаючи широкопasmовий доступ до мережі Інтернет, цифрове та інтерактивне телебачення⁴⁴, яка так і не знайшла свого практичного втілення. Відповідно до ЗУ «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» до об'єктів критичної інфраструктури можуть бути віднесені, а в проєкті ЗУ «Про критичну інфраструктуру» – відповідно «відносяться» підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, які включені до переліку підприємств, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави. Навіть за умов включення усіх 14 об'єктів авіаційної та ракетно-космічної промисловості⁴⁵ до переліку об'єктів критичної інфраструктури, невизначеними залишається, по-перше, який режим кіберзахисту буде забезпечено для приватних суб'єктів космічної діяльності, яких після внесення змін до ЗУ «Про космічну діяльність», що набули чинності у січні 2020 р., стає дедалі більше; по-друге, як буде співвідноситись кіберзахист підприємства з конкретними видами космічної діяльності, кожен з яких вимагає своїх специфічних засобів захисту. На нашу думку, принципи та основні вимоги кіберзахисту космічної діяльності мають бути закріплені в базовому для галузі ЗУ «Про космічну діяльність». А плани убезпечення від кіберзагроз (кібератак чи кіберінцидентів) та оперативного реагування на них мають стати одним із необхідних документів для отримання дозволу на провадження окремих видів космічної діяльності⁴⁶.

Проаналізований вище досвід у розвитку законодавства США щодо забезпечення правового режиму кіберзахисту космічної сфери, ретельність відповідного регулювання в сучасних умовах, його опрацьованість як з нормативно-інституційної, так і з технічної точок зору, демонструє поступове, але неухильно зростаюче усвідомлення на державному рівні в США важливості відповідної проблеми для безперешкодного, ефективного функціонування космічної діяльності. Увага, яка в останні роки почала приділятися відповідній проблематиці в Україні, є обнадійливою ознакою можливих змін на краще і в нашому національному законодавстві щодо кібербезпеки. А проаналізований досвід США може надати певний орієнтир для напрямів його подальшого вдосконалення.

¹ Cyber Security Law, its Regulation and Relevance for Outer Space. URL: <https://www.unoosa.org/documents/pdf/hlf/HLF2017/presentations/Day2/Session7b/Presentation5.pdf>

² Electronic and Cyber Warfare in Outer Space, May 2019 – Space Dossier 3. URL: <https://www.unidir.org/files/publications/pdfs/electronic-and-cyber-warfare-in-outer-space-en-784.pdf>

³ Global Counterspace Capabilities, 2020 Report. URL: <https://swfound.org/counterspace/>

⁴ Біленчук П., Малій М. Космічна й електронна кіберзлочинність: загрози і виклики нового тисячоліття. URL: <https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/kosmichna-j-elektronna-kiberzlochynnist-zagrozy-i-vyklyky-novogo-tysyacholittya-2/>

⁵ [H.R. 4577] PUBLIC LAW 106-554—APPENDIX C, title V, DEC. 21, 2000. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-106publ554/pdf/PLAW-106publ554.pdf>

⁶ PRESIDENTIAL DECISION DIRECTIVE/NSC-63, May 22, 1998. URL: <https://fas.org/irp/offdocs/pdd/pdd-63.htm>

⁷ National Infrastructure Protection Plan (NIPP) 2013: Partnering for Critical Infrastructure Security and Resilience

⁸ 42 U.S. Code § 5195c. Critical infrastructures protection. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/5195c> ; <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/senate-bill/1407/text>

⁹ H.R.5005 - Homeland Security Act of 2002. URL: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/5005/text>

¹⁰ National Infrastructure Protection Plan (NIPP) Security and Resilience Challenge is managed by the National Protection and Programs Directorate (NPPD), National Risk Management Center (NRMC), within the Department of Homeland Security (DHS), and in partnership with the National Institute for Hometown Security (NIHS). URL: <https://www.thenihs.org/>

¹¹ Critical Infrastructure Protection. DHS List of Priority Assets Needs to Be Validated and Reported to Congress, March 2013. URL: <https://www.gao.gov/assets/660/653300.pdf>

¹² John Moteff Critical Infrastructure: The National Asset Database CRS Report for Congress, Updated July 16, 2007. 19 p. (P. 8–9). URL: <https://fas.org/sgp/crs/homsec/RL33648.pdf>

¹³ DOD Dictionary of Military and Associated Terms. January 2020. URL: <https://www.jcs.mil/Portals/36/Documents/Doctrine/pubs/dictionary.pdf>

¹⁴ H.R.3844 Federal Information Security Management Act of 2002. URL: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/2458/text>

¹⁵ FIPS PUB 199 Standards for Security Categorization of Federal Information and Information Systems: Federal information processing standards publication, 2004. URL: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/FIPS/NIST.FIPS.199.pdf>

¹⁶ FIPS PUB 200 Minimum Security Requirements for Federal Information and Information Systems: Federal information processing standards publication, 2006. URL: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/FIPS/NIST.FIPS.200.pdf>

¹⁷ NIST SP 800-53 Revision 4 Recommended Security Controls for Federal Information Systems and Organizations. URL: <https://nvd.nist.gov/800-53>

¹⁸ SP 800-18 Rev. 1 Guide for Developing Security Plans for Federal Information Systems. URL: <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-18/rev-1/final>

¹⁹ SP 800-37 Rev. 2 Risk Management Framework for Information Systems and Organizations: A System Life Cycle Approach for Security and Privacy. URL: <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-37/rev-2/final>

²⁰ US Code Title 44 - PUBLIC PRINTING AND DOCUMENTS CHAPTER 35 - COORDINATION OF FEDERAL INFORMATION POLICY SUBCHAPTER III - INFORMATION SECURITY Sec. 3542 – Definitions. URL: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title44-chapter35-subchapter2&edition=prelim>

²¹ DoD Digital Modernization Strategy, 5 June 2019, 72 p. P. 63. URL: <https://media.defense.gov/2019/Jul/12/2002156622-1/-/1/DOD-DIGITAL-MODERNIZATION-STRATEGY-2019.PDF>

²² S.2519 - National Cybersecurity Protection Act of 2014. URL: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/2519/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22cyber+act%22%5D%7D&r=38&s=2>

- ²³ NCCIC Services for Federal Agencies. URL: <https://us-cert.cisa.gov/sites/default/files/publications/NCCIC%20Service%20Menu%20-%20Federal.pdf>
- ²⁴ Presidential Policy Directive – United States Cyber Incident Coordination: Presidential policy directive/PPD-41, July 26, 2016. URL: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/07/26/presidential-policy-directive-united-states-cyber-incident>
- ²⁵ S. 2521 An Act To amend chapter 35 of title 44, United States Code, to provide for reform to Federal information security. Dec. 18, 2014. URL: <https://www.congress.gov/113/plaws/publ283/PLAW-113publ283.pdf>
- ²⁶ SP 800-61 Rev. 2. Computer Security Incident Handling Guide. URL: <https://src.nist.gov/publications/detail/sp/800-61/rev-2/final>
- ²⁷ US-CERT Federal Incident Notification Guidelines. URL: https://www.us-cert.gov/sites/default/files/publications/Federal_Incident_Notification_Guidelines.pdf
- ²⁸ Cybersecurity and Infrastructure Security Agency Act of 2018. URL: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/3359>
- ²⁹ Establishment of the United States Space Force: Space Policy Directive-4, February 19, 2019. URL: <https://www.spaceforce.mil/About-Us/SPD-4>
- ³⁰ DoD Digital Modernization Strategy, 5 June 2019, 72 p. P. 16-22. URL: <https://media.defense.gov/2019/Jul/12/2002156622/1-1/1/DOD-DIGITAL-MODERNIZATION-STRATEGY-2019.PDF>
- ³¹ Memorandum on Space Policy Directive-5—Cybersecurity Principles for Space Systems. Issued on: September 4, 2020. URL: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/09/2020SPD5.mem.pdf>
- ³² Національний координаційний центр кібербезпеки посилює співпрацю із міжнародними виробниками кібер-технологій / сайт РНБО. URL: <https://www.rnbo.gov.ua/ua/Diialnist/4658.html> (дата звернення : 07.08.2020).
- ³³ Про затвердження Положення про Адміністрацію Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України: постанова КМУ від 3.09.2014 р. № 411. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-2014-%D0%BF#Text>
- ³⁴ Стратегія розвитку системи Міністерства внутрішніх справ України до 2020 року. URL: <https://cyberpolice.gov.ua/strategy-2020/>
- ³⁵ Про управління інформаційних технологій: наказ Міністерства оборони України № 426 від 5.08.2019 р. URL: https://www.mil.gov.ua/content/mou_orders/mou_426_05082019.pdf
- ³⁶ Ситуаційний центр забезпечення кібербезпеки / Сайт СБУ. URL: <https://ssu.gov.ua/sytuatsiyni-tsentr-zabezpechennia-kiberbezpeky>
- ³⁷ Про Національну безпеку України: Закон України № 2469-VIII від 21.06.2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text>
- ³⁸ Національний банк України посилює вимоги до інформаційної безпеки та кіберзахисту в банках України / Сайт НБУ, 04.10.2017. URL: https://old.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=55564890
- ³⁹ Національний банк та Державний центр кіберзахисту співпрацюватимуть у сфері кібербезпеки / Сайт НБУ від 02.08.2019. URL: <https://bank.gov.ua/ua/news/all/natsionalniy-bank-ta-derjavniy-tsentr-kiberzahistu-spiivratsyuvativimut-u-sferi-kiberbezpeki>
- ⁴⁰ Кібербезпека. Новий підхід в Україні від UIFuture, 24.07.2020. URL: <https://uifuture.org/publications/kiberbezpechna-ukrayina-novuj-pidhid/>
- ⁴¹ Проект Закону про критичну інфраструктуру та її захист № 10328 від 27.05.2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65996
- ⁴² Деякі питання Міністерства з питань стратегічних галузей промисловості України: постанова КМУ від 7.09.2020 р. № 819. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npras/deyaki-pitannya-ministerstva-z-pitan-a819>
- ⁴³ Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких актів Кабінету Міністрів України: постанова КМУ № 1072 від 04.12.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1072-2019-%D0%BF#n166>
- ⁴⁴ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 року «Про Стратегію кібербезпеки України» від 15.03.2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/96/2016#Text>
- ⁴⁵ Про затвердження переліку об'єктів державної власності, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави: постанова КМУ від 4.03.2015 р. № 83. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/83-2015-%D0%BF#Text>
- ⁴⁶ Про затвердження Порядку видачі (відмови у видачі, анулювання) дозволів на провадження окремих видів космічної діяльності: постанова КМУ від 26.02.2020 р. № 197. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/197-2020-%D0%BF#Text>

Резюме

Малишева Н.Р., Гурова А.М. Правові засади кібербезпеки космічної діяльності в США: досвід для України.

У статті досліджується розвиток правових засад та інституційної структури, що лежать в основі кібербезпеки США. Особлива увага приділяється принципам та керівним нормам, які створюють умови для кібербезпеки космічної діяльності, що є взірцевими не лише для американських суб'єктів господарювання, а й становлять кращу практику нормотворення в цій сфері для інших космічних держав, зокрема для України. Проаналізовано також чинне законодавство України у сфері кібербезпеки та проект щодо його вдосконалення, виявлено їх переваги й недоліки, а також запропоновано внесення змін до деяких законодавчих актів, що регулюють космічну діяльність, задля підсилення її кібербезпеки.

Ключові слова: кібербезпека, інцидент, кіберризик, кіберзагроза, критична інфраструктура, космічна діяльність.

Резюме

Малишева Н.Г., Гурова А.Н. Правовые основы кибербезопасности космической деятельности в США: опыт для Украины.

В статье исследуется развитие правового регулирования и институциональной структуры, составляющие основу кибербезопасности США. Особое внимание уделяется принципам и руководящим нормам, создающим условия для кибербезопасности в сфере космической деятельности, которые не только применяются субъектами хозяйствования США, но и формируют лучшую практику нормотворчества в этой сфере для других космических держав, включая Украину. Проанализировано действующее законодательство Украины в сфере кибербезопасности и перспективные проекты в этой сфере, выявлены их пре-

имушества и недостатки, а также предложено внесение изменений в некоторые законодательные акты, регулирующие космическую деятельность, для усиления ее кибербезопасности.

Ключевые слова: кибербезопасность, инцидент, киберриск, киберугрозы, критическая инфраструктура, космическая деятельность.

Summary

Nataliia Malysheva, Anna Hurova. Legal Framework of the Space Activity Cybersecurity in the USA: Experience for Ukraine.

The article depicts the timeline of the development of the cybersecurity legislation in the USA, which divided into two stages. The first one rises as a response to the large-scale terroristic threats in 2001 and lasted until 2014. The second one starts with the massive and multisectoral cyber incidents and cyber-attacks the US faced in the last five years. In addition, it was analyzed the changes in institutional structure aimed to support the cybersecurity in the US and their branched connections with public and private actors. The main attention was paid to the content of the Memorandum on Space Policy Directive-5 “Cybersecurity Principles for Space Systems”, which could be the example of the best law-making practice not only for space actors within the US, but also for law-making actors of all space-faring nations.

The chronology of the elaboration of cybersecurity legislation and the institutional structure of their support in Ukraine analyzed in the second part of this article. On this ground, we observed some weak aspects of national cyber legislation. First is duplication and inconsistency of the basic terms, like “cyberattack”, “critical infrastructure”. The second one is the absence of an approved list of critical infrastructure facilities and clear requirements for conducting an independent information security audit. The third one is by-laws are aimed primarily at protecting public information resources and do not take into account the requirements for cooperation between the public and private sectors in the protection of critical infrastructure, regardless of its affiliation to any form of ownership.

Analysis of the draft law concerned critical infrastructure permits to make a conclusion about coming to the second stage in the development of cyber legislation in Ukraine, which will enhance the development of particular legislation within to each sector of critical infrastructure. In this regard, it is necessary to elaborate legal background for cybersecurity of space activity. For this aim, we suppose as necessary to designate the State Space Agency of Ukraine as a responsible entity in the field of space activities for the specified sector of critical infrastructure. Furthermore, the article suggested prescribing plans to protect against cyber threats (cyber attacks or cyber incidents) as one of the necessary documents for obtaining a permit to conduct certain types of space activities.

Key words: cybersecurity, incident, cyber risk, cyber threat, critical infrastructure, space activities.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.60

УДК 341.22:349.6

М.О. МЕДВЕДЄВА

*Марина Олександрівна Медведєва, доктор юридичних наук, професор, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0003-4010-4659

ЮРИСДИКЦІЙНІ ПИТАННЯ У СПРАВІ Ogoni

Постановка проблеми. Наслідки видобутку корисних копалин у нігерійському регіоні *Ogoni*, що здійснювався транснаціональною компанією Шелл (*Royal Dutch Shell*) починаючи з 50-х рр. XX ст., спровокували низку судових проваджень на національному і міжнародному рівнях, а також підживили експертну й наукову дискусію щодо корпоративної соціальної відповідальності, захисту прав корінних народів та етнічних меншин, відповідальності держави за діяльність приватних осіб, зокрема корпорацій, у випадку спричинення екологічної шкоди чи порушень прав людини. Справа *Ogoni*, яка поєднує в собі декілька гучних справ, що розглядалися у судах Нігерії, США, Нідерландів, Великої Британії, Африканській комісії з прав людини, Суді Економічного співтовариства держав західної Африки, важлива ще й тим, що завдяки їй у науці активно обговорюються складні питання, зв'язані з юрисдикцією держав, як-от: екстериторіальна юрисдикція, універсальна юрисдикція в цивільних справах, «підняття корпоративної завіси», «пошук зручного суду», доктрини *forum non conveniens*, *forum necessitatis*, тощо. Аналіз зазначеної справи дає можливість прослідкувати, яким чином всі ці питання вирішуються в практичній площині.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням юрисдикційних питань справи *Ogoni* займалися переважно зарубіжні вчені, такі як B. Konne, B. Manby, E. Willis, E. Weswasi, C. Ryngaert, O. De Schutter, C. Van Dam, Ch. Mandap, G. Van Calster, F. Coomans. Однак цим дослідженням певним чином бракує комплексності.

Формулювання мети статті. Метою нашої статті є аналіз теоретичних та практичних юрисдикційних питань, зв'язаних зі справою *Ogoni*, на прикладі конкретних судових проваджень. Рішення по суті будуть розглядатися лише опосередковано.

© М.О. Медведєва, 2020

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

Виклад основного матеріалу. Огоніленд (англ. – *Ogoniland*) – це один із районів дельти ріки Нігер, багатий на водно-болотні угіддя міжнародного значення, цінні мангрові дерева, морські та інші унікальні екосистеми, а також поклади нафти й газу, які розроблялися ще за часів колоніальної Нігерії. Район заселений етнічною групою Огоні (англ. – *Ogoni*). Внаслідок видобувної діяльності, яку супроводжували численні розливи нафти та вибухи газу, район став одним із найбільш забруднених у світі¹. Члени народності Огоні втратили можливість користуватися природними ресурсами, від яких повністю залежало їхнє соціально-економічне життя, а натомість отримали серйозні проблеми зі здоров'ям. В самій Нігерії до національних судів було подано численні судові позови проти материнської компанії Шелл та її місцевої дочірньої компанії (*Shell Petroleum Development Company of Nigeria, SPDC*), зв'язані з розливами нафти, проте вирішення справ затягувалось роками, а та незначна кількість рішень, що були винесені на користь позивачів, не виконувалась². З точки зору принципів юрисдикції суди Нігерії є найбільш прийнятними для подання позовів у цій справі, оскільки позивачі, відповідач та місце спричинення шкоди знаходяться саме в цій державі. Проте через неефективність судової системи Нігерії жертви забруднення та порушень прав людини почали звертатись до інших юрисдикцій.

У США найбільш відомими стали справи *Wiwa* та *Kiobel*. Вони є прикладами спроби здійснити екстериторіальне застосування права США та принципу універсальної юрисдикції в цивільних справах про відшкодування шкоди. У міжнародному кримінальному праві принцип універсальної юрисдикції передбачає можливість здійснення кримінального переслідування стосовно міжнародних чи транснаціональних злочинів, незалежно від місця скоєння злочину, громадянства злочинця і потерпілого. Оскільки у цих справах проти Шелл, а згодом і її дочірньої компанії *SPDC* не було жодного зв'язку з правом США (Шелл зареєстрована у Великій Британії, її офіс розташований у Нідерландах, позивачі були громадянами Нігерії, місце спричинення шкоди та дочірня компанія-відповідач знаходились також у Нігерії), можна говорити про намагання позивачів переконати суди США застосувати універсальну юрисдикцію в цивільних справах.

У 1990 р. лідери етнічної групи заснували «Рух за виживання народу Огоні» (англ. абр. – *MOSOP*) на чолі з письменником Кеном Саро-Вівою³. Рух ініціював низку мирних демонстрацій з наміром привернути увагу міжнародної спільноти до проблем дельти Нігеру та змусити Шелл понести відповідальність за спричинену екологічну шкоду. Проте за допомогою нігерійських військових протести було придушено, а їх організаторів, самого К. Саро-Віва і ще вісім активістів (так звана «Дев'ятка Огоні») засуджено до страти за сфабрикованими звинуваченнями⁴.

У 1996 р. неурядові організації, такі як Центр конституційних прав, *EarthRights International* та приватні юридичні фірми від імені родичів загиблих активістів подали декілька позовів до судів США проти Шелл (справа *Wiwa v. Royal Dutch Shell*), яку звинувачували у співучасті в тортурах та стратах, на підставі Закону про правопорушення щодо іноземних громадян⁵. У 1998 р. окружний суд Нью-Йорку відмовив у задоволенні позову на підставі доктрини «*forum non conveniens*» та зазначив, що у цій справі належною юрисдикцією є Велика Британія⁶. Розповсюджена в країнах загального права доктрина «*forum non conveniens*» передбачає, що за вимогою відповідача суд, який має право розглядати справу з урахуванням правил про підсудність, може відхилити провадження у цивільній справі на користь іншої юрисдикції, що є більш зручною та має більш тісні зв'язки з відповідачем. Шелл зареєстрована у Великій Британії, тому цілком логічним вбачається обґрунтування судом юрисдикції на підставі більш тісних зв'язків Шелл з цією державою. Однак уже в рішенні апеляційного суду 2000 р. визнавалась загальна персональна юрисдикція щодо відповідача з боку штату Нью-Йорк з огляду на той факт, що корпорація провадила бізнес у ньому, а також було відхилено аргумент на підставі доктрини «*forum non conveniens*»⁷. У результаті тривалих судових проваджень між позивачами та відповідачами, до яких зокрема долучилась і *SPDC*, було укладено мирову угоду⁸.

Вдова одного зі страчених активістів, громадянка Нігерії Естер Кіобел (Е. *Kiobel*) подала позов проти Шелл (справа *Kiobel v. Royal Dutch Shell*) в 2002 р. на підставі закону США про правопорушення щодо іноземних громадян, стверджуючи, що компанія сприяла систематичним тортурам та вбивствам мирних демонстрантів у 1990-ті рр. за допомогою своєї дочірньої компанії *SPDC*⁹. У 2008 р. окружний суд Нью-Йорку визнав, що не має юрисдикції за персональним принципом щодо відповідача, у 2010 р. апеляційний суд ухвалив протилежне рішення щодо юрисдикції, однак вирішив, що зазначений закон не може застосовуватись для притягнення до відповідальності ТНК за порушення міжнародного права прав людини на території інших держав¹⁰. Справа дійшла до Верховного суду США, який ухвалив рішення у 2013 р. Він відмовився здійснювати екстериторіальне застосування законодавства США про відповідальність до діяльності корпорації, розташованої в Нідерландах та зареєстрованої у Великій Британії. Іншими словами, суд не застосував універсальну юрисдикцію у цивільній справі про відшкодування шкоди, спричиненої внаслідок порушень прав громадян Нігерії на її території¹¹.

Інші жертви порушень прав людини, скоєні Шелл та *SPDC* в Нігерії, звернулися до юрисдикції Нідерландів. У 2008 р. четверо фермерів (Е.В. *Dooh*, Ф.А. *Oguru*, А. *Efanga* та Ф.А. *Akpan*) разом із неурядовою організацією *Milieudefensie* подали позов проти корпорації та її дочірньої компанії до окружного суду Гааги, звинувачуючи їх у нездатності попередити розливи нафти протягом 2004–2007 рр., що спричинило непоправну шкоду їхнім землям, і вимагаючи застосування заходів з відновлення забрудненого довкілля¹². Якщо в справах, які розглядалися судами США, йшлося про порушення прав людини (примусові затримання, тортури та страти) згідно з нормами міжнародного публічного права та національним законодавством США, то в цьому випадку суди Нідерландів мали справу з цивільними позовами з вимогою компенсувати шкоду,

спричинену забрудненням навколишнього середовища¹³. Як зазначалось вище, офіс Шелл знаходиться в Нідерландах (Гаага), тому ймовірно, що позивачі розраховували на позитивне рішення гаазького суду з питань юрисдикції на підставі цієї прив'язки. У будь-якому разі суд мав постати перед проблемою «підняття корпоративної завіси», яка, серед іншого, передбачає можливість притягнення до відповідальності материнської корпорації (Шелл), розташованої в державі суду (Нідерланди), за дії її дочірньої компанії (SPDC), інкорпорованої за правом іншої держави (Нігерія), незважаючи на те, що це дві різні юридичні особи¹⁴.

Шелл обґрунтовувала свою контрпозицію щодо юрисдикції тим, що не може відповідати за дії SPDC, оскільки юридично віддільна від неї, а також стверджувала, що розливи нафти ставалися через саботаж нігерійських працівників. У 2013 р. гаазький суд відхилив всі чотири позови проти Шелл та три позови проти SPDC. Суд визнав винною нігерійську компанію лише в одному позові (*Akpan v. Royal Dutch Shell & SPDC/Shell Nigeria*), однак відмовився «піднімати корпоративну завісу» і притягати до відповідальності материнську компанію *Royal Dutch Shell* (Нідерланди) за шкоду, заподіяну її дочірньою компанією (Нігерія). У цій справі суд зазначив, що, по-перше, позови проти Шелл та SPDC мають спільне правове підґрунтя; по-друге, «міжнародною тенденцією вважається відповідальність материнських компаній мультинаціональних корпорацій в їхніх власних країнах за шкідливі практики іноземних дочірніх компаній»¹⁵, особливо коли у декількох випадках до дочірньої компанії разом з материнською компанією подаються позови з одного й того ж предмета. Суд зазначив, що має юрисдикцію слухати справу, оскільки SPDC могла цілком передбачити, що до неї буде подано позов разом з Шелл у судах Нідерландів стосовно відповідальності за розливи нафти¹⁶. Суд також відхилив аргумент відповідача щодо застосування доктрини «*forum non conveniens*» відповідно до практики Суду ЄС¹⁷. На підставі нігерійського законодавства суд Нідерландів наказав нігерійській компанії SPDC виплатити компенсацію громадянину Нігерії за шкоду, спричинену в Нігерії.

Шелл подала апеляцію по цій справі, а позивачі – апеляції по інших рішеннях. У результаті у 2015 р. апеляційний суд у справі *Akpan v. Royal Dutch Shell & SPDC/Shell Nigeria* постановив, що має юрисдикцію слухати справу як щодо Шелл, так і щодо нігерійської дочірньої компанії і що позивачі (включаючи *Milieu-defensie*) мають право виступати в цій якості. Суд ухвалив рішення про наявність юрисдикції стосовно Шелл на підставі Брюссельського Регламенту I про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень з цивільних та комерційних справ. Стаття 60 Регламенту зазначає, позов має пред'являтися до юридичних осіб за місцем реєстрації, місцем розташування центрального адміністративного органу чи основним місцем ведення бізнесу¹⁸. Місцем розташування центрального адміністративного органу та основним місцем ведення бізнесу Шелл є Гаага. Апеляційний суд визнав юрисдикцію розглядати справу проти SPDC відповідно до ст. 7(1) Голландського цивільно-процесуального кодексу щодо множинності відповідачів. Це положення дозволяє суду розглядати справу проти відповідача 1, який не знаходиться в межах його юрисдикції, за умови, що цей позов таким чином пов'язаний з позовом проти відповідача 2, щодо якого суд має юрисдикцію (в нашому випадку – позов проти Шелл), що причини ефективності виправдовують об'єднане спільне слухання обох позовів¹⁹. Апеляційний суд дійшов цього висновку, беручи до уваги такі фактори: відповідачі є частиною однієї бізнес-групи (концерну); предмет позовів до відповідачів однаковий; фактичні підстави позовів однакові, оскільки вони стосуються одних і тих же фактів розливу нафти; тлумачення судом ст. 7(1) Голландського цивільно-процесуального кодексу відповідає практиці тлумачення Судом ЄС Брюссельського Регламенту I²⁰. На момент написання статті рішення по суті ще не було ухвалене.

У 2017 р. позивачі у справі *Kiobel v. Royal Dutch Shell*, яка розглядалася судами США, подали її для розгляду до суду Нідерландів завдяки успіху справи *Akpan*. Окрім аргументів щодо існування в голландського суду юрисдикції, що були використані в справі *Akpan*, позивачка (вдова) використала альтернативну підставу для юрисдикції – *forum necessitatis*. Це доктрина, відповідно до якої суд може приймати рішення про існування юрисдикції в справі у випадку, якщо немає іншого форуму, в якому позивачі могли б відстояти свої вимоги, навіть якщо не існує жодної юрисдикційної прив'язки; інакше, через відсутність альтернативного форуму, позивачам буде відмовлено у встановленні справедливості. Таким чином, це ще одна підстава для здійснення універсальної юрисдикції в цивільних справах. У позові наголошується на відсутності доступу до правосуддя для пані Кіобел та інших вдів загиблих активістів Нігерії, оскільки вони не мали б будь-яких перспектив справедливого судового розгляду в своїй країні, а навіть якщо і мали б – такий судовий процес був би травматичним та небезпечним для них²¹. На відміну від справи *Akpan*, яка стосувалась вимог притягти до відповідальності ТНК за екологічну шкоду, справа *Kiobel* стосується відповідальності за порушення прав людини. У травні 2019 р. гаазький суд ухвалив рішення про існування юрисдикції в справі щодо материнської корпорації Шелл, двох її дочірніх англійських компаній та нігерійської дочірньої компанії SPDC²².

Паралельно відбулися цивільні провадження в рамках юрисдикції Великої Британії. У 2017 р. Високий суд Лондона відхилив позов у справі *Okpabi v. Royal Dutch Shell and SPDC*, в якій позивачі вимагали відшкодування шкоди за серйозне та постійне забруднення, спричинене виливом нафти з трубопроводів та зв'язаної з ними інфраструктури позивача в районі Огале в Нігерії²³. У лютому 2018 р. Апеляційний суд Великої Британії схвалив рішення Високого суду Лондона. Повози було подано до судів Великої Британії через те, що Шелл зареєстрована за правом цієї держави. Позов проти Шелл було засновано на загальному праві Нігерії, яке є ідентичним до права Англії та Уельсу, з огляду на історичні відносини між державами, а позов проти SPDC – на національному законодавстві та загальному праві Нігерії²⁴. Позивачі стверджували, що материнська компанія повинна відповідати, оскільки могла і повинна була попередити забруднення через запровадження належної політики з охорони здоров'я та безпеки. Крім того, позивачі стверджували про відповідаль-

ність дочірньої нігерійської компанії внаслідок обов'язку материнської компанії реалізувати стандарт «належної обачності» (англ. – *duty of care*)²⁵. Апеляційний суд ухвалив рішення про відсутність юрисдикції щодо *SPDC*, про існування юрисдикції щодо Шелл, однак постановив, що позов проти материнської компанії приречений на невдачу через нездатність позивачів довести існування стандарту «належної обачності»²⁶. У липні 2019 р. за справу взявся Верховний Суд Великої Британії, який має вирішити, чи може справа проти Шелл та *SPDC* розглядатися в британських судах.

Розглянуті вище провадження в національних судах різних держав – яскравий приклад «пошуку зручного суду». «Пошук зручного суду» (англ. – *forum shopping*) означає право позивача ініціювати паралельні провадження у кількох форумах, компетентних розглядати спір²⁷. Таким чином, позивач має змогу обирати суд, в якому розглядатиметься справа і який, ймовірно, винесе найбільш сприятливе для нього рішення, з можливістю подальшого звернення в іншу судову установу для повторного розгляду в разі несприятливого вирішення спору²⁸.

У 2001 р. Африканська комісія з прав людини ухвалила рішення у справі *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*²⁹. Скарга була подана неурядовими організаціями від імені народності Огоні щодо тих само фактичних обставин, що й у описаних вище провадженнях у національних судах, проте цього разу проти держави – Нігерії. Комісія прийняла скаргу, незважаючи на те, що внутрішні засоби захисту не були вичерпані, оскільки уряд Нігерії свідомо перешкодив скаржникам у здійсненні правосуддя в національних судах³⁰. Скаржники стверджували, що військовий уряд Нігерії був безпосередньо причетний до видобутку нафти за допомогою нігерійської національної нафтовидобувної компанії (вона володіла більшістю акцій в *SPDC*), який спричинив деградацію довкілля та проблеми зі здоров'ям народності Огогі; уряд Нігерії покривав безвідповідальні дії *SPDC*, не здійснював належного моніторингу її діяльності, не зобов'язав проводити консультації з Огоні; здійснював акти насильства з метою боротьби з рухом *MOSOP*³¹. Африканська комісія визнала порушення Нігерією прав народності Огоні за ст. ст. 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 та 24 Африканської хартії прав людини і народів, що стосуються заборони дискримінації, а також захисту права на життя, власність, здоров'я, сімейне життя, користування природними ресурсами, сприятливе довкілля.

У 2012 р. інша міжнародна судова установа – Суд Економічного співтовариства держав західної Африки – ухвалила своє рішення у справі *The Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*³². Позивачі стверджували, що Нігерія порушила права народності Огоні згідно з Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права, а також Африканською хартією прав людини і народів. Уряд Нігерії стверджував, що Суд не має юрисдикції розглядати справу на підставі пактів про права, оскільки, на його думку, Суд має таку юрисдикцію виключно щодо договорів, укладених в рамках Економічного співтовариства держав західної Африки. Суд зазначив, що оскільки він має компетенцію розглядати справи, які стосуються порушень прав людини в державах-членах Співтовариства, він також має юрисдикцію у цій справі. Суд визнав порушення Нігерією ст. ст. 1 та 24 Африканської хартії.

Висновки. Таким чином, приклад зі справою *Ogoni* засвідчив різноманіття та складність юрисдикційних питань у національній та міжнародній площині. Незважаючи на те, що з точки зору принципів юрисдикції суди Нігерії були найбільш прийнятними для подання позовів у цій справі (позивачі, відповідач та місце спричинення шкоди знаходяться саме в цій державі), у зв'язку з неефективністю судової системи Нігерії позивачі звертались до інших юрисдикцій – США, Нідерландів, Великої Британії. Справи *Wiwa* та *Kiobel*, що розглядались судами США, можна вважати прикладами спроби, хоч і невдалої, здійснити екстериторіальне застосування американського національного права та застосувати принцип універсальної юрисдикції в цивільних справах про відшкодування шкоди. Суди США відмовляли позивачам у задоволенні позовів на підставі доктрини «*forum non conveniens*» та в здійсненні екстериторіального застосування законодавства США про відповідальність до діяльності корпорації, розташованої та зареєстрованої в інших державах. У справі *Akpan* окружний суд Нідерландів відмовився «піднімати корпоративну завісу», однак апеляційний суд у цій само справі постановив, що має юрисдикцію слухати справу як щодо Шелл (на підставі Брюссельського Регламенту I), так і щодо нігерійської дочірньої компанії (на підставі Голландського цивільно-процесуального кодексу). У справі *Kiobel*, яка також розглядається судами Нідерландів, було використано альтернативну підставу для юрисдикції – *forum necessitatis*. У справі *Okpabi* суди Великої Британії поки що відмовлялись визнавати свою юрисдикцію.

Слід зазначити, що справи *Wiwa* та *Kiobel* стосуються відповідальності Шелл та *SPDC* за порушення прав людини, тоді як справи *Akpan* та *Okpabi* – цивільної відповідальності цієї ТНК за екологічну шкоду. Розглянуті вище провадження в національних та міжнародних судах різних держав – яскравий приклад «пошуку зручного суду». Справа стала предметом розгляду Африканською комісією з прав людини, яка визнала свою юрисдикцію, незважаючи на те, що внутрішні засоби захисту не були вичерпані, а також Судом Економічного співтовариства держав західної Африки, який визнав свою юрисдикцію розглядати справу на підставі не лише Африканської хартії, а й міжнародних пактів про права.

Крім того, справа *Ogoni* черговий раз засвідчила стійку тенденцію щодо судового захисту прав корінних народів, етнічних меншин та окремих індивідів на сприятливе і безпечне довкілля, обов'язок держави контролювати діяльність ТНК в межах своєї юрисдикції, а також необхідність ухвалення міжнародного договору про корпоративну соціальну відповідальність у сфері прав людини та охорони навколишнього середовища.

ща. У своєму бестселері «Змінюється все. Капіталізм проти клімату» Наомі Кляйн відзначає важливу роль різноманітних рухів корінних народів всіх континентів світу, організованих проти хижацького використання природних ресурсів багатонаціональними корпораціями: «Екологічному руху ще потрібно здобути потужний голос на світовій арені ... Він починає ставити грабунок і муки, які є наслідком зневажання міжнародних екологічних зобов'язань, в один ряд з найстрашнішими злочинами в історії ... А найчастіше ці голоси лунають ... від тих, на чий життя найбільше впливає ризикований видобуток палива...»³³.

¹ Konne B.R. Inadequate Monitoring and Enforcement in the Nigerian Oil Industry: The Case of Shell and Ogoniland. *Cornell International Law Journal*. 2013-2014. Vol. 47, Issue 1. P. 181–184.

² The Shell Case in Nigeria. *Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade. EJOLT Factsheet*, 2 August 2015. URL: <http://www.ejolt.org/wordpress/wp-content/uploads/2015/08/FS-41.pdf>

³ Manby B. Shell in Nigeria: Corporate Social Responsibility and the Ogoni Crisis. *A case study published by the Carnegie Council on Ethics and International Affairs*. P. 5. URL: [https://carec.com.pe/biblioteca/biblio/5/20/C.%20Shell%20in%20Nigeria%20\(CSR\)%20and%20the%20Ogoni%20Crisis%20\(Bronwen%20Manby\).pdf](https://carec.com.pe/biblioteca/biblio/5/20/C.%20Shell%20in%20Nigeria%20(CSR)%20and%20the%20Ogoni%20Crisis%20(Bronwen%20Manby).pdf)

⁴ On Trial: Shell in Nigeria. Legal Actions against the Oil Multinational. *Amnesty International*. 2020. P. 14. URL: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR4416982020ENGLISH.PDF>

⁵ Willis E.M. Shell in Ogoniland and Chevron. *Texaco in the Oriente: A comparative analysis of human rights and corporate social responsibility*. 2013. P. 60. URL: <https://globalstudies.unc.edu/files/2013/11/Willis-Elizabeth-Shell-Ogoniland.pdf>

⁶ The Shell Case in Nigeria. *Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade*. P. 5.

⁷ Там само. P. 5–6.

⁸ Weswasi E.A. Spending blood for oil in Nigeria: A frame analysis of Shell's neutralisation of acts that led to corporate-initiated state crime. *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*. 2019. Vol. 3. P. 282.

⁹ Kiobel v. Shell Overview. *The Cener for Justice and Accountability*. URL: <https://cja.org/what-we-do/litigation/amicus-briefs/kiobel-v-shell/>

¹⁰ The Shell Case in Nigeria. *Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade*. P. 7.

¹¹ Kiobel v. Shell Overview. *The Cener for Justice and Accountability*. URL: <https://cja.org/what-we-do/litigation/amicus-briefs/kiobel-v-shell/>

¹² On Trial: Shell in Nigeria. Legal Actions against the Oil Multinational. *Amnesty International*. P. 20.

¹³ Ryngaert C. Tort Litigation in Respect of Overseas Violations of Environmental Law Committed by Corporations: Lessons from the *Akpan v Shell* Litigation in the Netherlands. *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy*. 2012. Vol. 8. P. 247–248.

¹⁴ De Schutter O. Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations. P. 37. URL: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/df31ea6e492084e26ac4c08affcf51389695fead.pdf>

¹⁵ District Court of the Hague, Judgment dated 30 January 2013, *Akpan and others v. Royal Dutch Shell and Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd*. Para. 4.5. URL: <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/01/final-judgment-shell-oil-spill-ikot-ada-udo-2.pdf>

¹⁶ Там само.

¹⁷ Ryngaert C. P. 253–254.

¹⁸ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001R0044>

¹⁹ Van Dam C. Preliminary judgments Dutch Court of Appeal in the Shell Nigeria case. URL: https://www.rsm.nl/fileadmin/Images_NEW/Sites/Chair_IBHR/Publications/Van_Dam_-_Preliminary_judgments_Dutch_Shell_case.pdf

²⁰ Там само.

²¹ Mandap Ch. S. Jurisdiction of Parent Companies' Home State Courts over Foreign Subsidiaries Abroad: A Comparative Approach Between the Netherlands and the United Kingdom. *Amsterdam Law Forum*. 2019. Vol. 11, No. 2. P. 51.

²² Van Calster G. *Kiobel v Shell* in The Netherlands. Court confirms jurisdiction anchored unto mother holding and qualifies the suit as one in human rights: not tort. Also orders limited use of documents obtained in US discovery and limited continuation of the trial. 2019. URL: <https://gavclaw.com/2019/05/17/kiobel-v-shell-in-the-netherlands-court-confirms-jurisdiction-anchored-onto-mother-holding-and-qualifies-the-suit-as-one-in-human-rights-not-tort-also-orders-limited-use-of-documents-obtained-in-us/>

²³ Mandap Ch. P. 40–72.

²⁴ England and Wales Court of Appeal, Judgment dated 14 February 2018, *His Royal Highness Emere Godwin Bebe Okpabi and Others v. Royal Dutch Shell Plc and Shell Petroleum Development Company of Nigeria Plc*. URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/191.html>

²⁵ Там само.

²⁶ Там само.

²⁷ Кривецька О.В. Регулювання множинних проваджень у спорах між іноземним інвестором і державою: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-тет ім. Т.Г. Шевченка. Київ, 2019. С. 46.

²⁸ Медведєва М.О. Реалізація міжнародно-правових норм з охорони навколишнього середовища: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.11 / Київ. нац. ун-тет ім. Т.Г. Шевченка. Київ, 2012. С. 381.

²⁹ African Commission on Human Rights, 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR). *Nigeria*. URL: https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr30_155_96_eng.pdf

³⁰ Coomans F. The Ogoni case before the African Commission on Human and Peoples' Rights. URL: <http://www.righttoenvironment.org/ip/uploads/downloads/OgoniCaseProf.Coomans.pdf>

³¹ Там само.

³² Community Court of Justice of the ECOWAS, *The Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*, Judgment dated 14 December 2012. URL: http://www.worldcourts.com/ecowasccj/eng/decisions/2012.12.14_SERAP_v_Nigeria.pdf

³³ Кляйн Н. Змінюється все. Капіталізм проти клімату / пер. з англ. Д. Кожедуба. Київ, 2016. С. 422.

Резюме

Медведєва М.О. Юрисдикційні питання у справі *Ogoni*.

У статті проаналізовано справу *Ogoni*, яка поєднує в собі декілька гучних судових проваджень, що розглядались у судах Нігерії, США, Нідерландів, Великої Британії, Африканській комісії з прав людини, Суді Економічного співтовариства держав західної Африки. Висвітлено практичні питання, пов'язані з юрисдикцією держав, а саме, екстериторіальна юрисдикція, універсальна юрисдикція в цивільних справах, «підняття корпоративної завіси», «пошук зручного суду», доктрини *forum non conveniens*, *forum necessitatis* тощо. Справа *Ogoni* засвідчила різноманіття і складність юрисдикційних питань в національній та міжнародній площині, а також тенденцію щодо судового захисту прав корінних народів, етнічних меншин та окремих індивідів на сприятливе і безпечне довкілля.

Ключові слова: справа *Ogoni*, юрисдикція, екстериторіальна юрисдикція, універсальна юрисдикція, «підняття корпоративної завіси», «пошук зручного суду», *forum non conveniens*, *forum necessitatis*.

Резюме

Медведєва М.А. Юрисдикционные вопросы в деле *Ogoni*.

В статье проанализировано дело *Ogoni*, сочетающее в себе несколько громких судебных разбирательств, которые рассматривались в судах Нигерии, США, Нидерландов, Великобритании, Африканской комиссии по правам человека, Суде Экономического сообщества государств Западной Африки. Освещены практические вопросы, связанные с юрисдикцией государств, а именно, экстерриториальная юрисдикция, универсальная юрисдикция по гражданским делам, «поднятие корпоративной вуали», «поиск удобного суда», доктрины *forum non conveniens*, *forum necessitatis* и т. д. Дело *Ogoni* показало многообразие и сложность юрисдикционных вопросов в национальной и международной плоскости, а также тенденцию судебной защиты прав коренных народов, этнических меньшинств и отдельных индивидов на благоприятную и безопасную окружающую среду.

Ключевые слова: дело *Ogoni*, юрисдикция, экстерриториальная юрисдикция, универсальная юрисдикция, «поднятие корпоративной вуали», «поиск удобного суда», *forum non conveniens*, *forum necessitatis*.

Summary

Maryna Medvedieva. Jurisdictional issues in the *Ogoni* case.

The article analyzes the *Ogoni* case, which combines several high-profile lawsuits in the courts of Nigeria, the United States, the Netherlands, the United Kingdom, the African Commission on Human Rights, and the Court of Justice of the Economic Community of West Africa. Practical issues related to the jurisdiction of states are covered, namely, extraterritorial jurisdiction, universal jurisdiction in civil matters, 'piercing the corporate veil', 'forum shopping', doctrines 'forum non conveniens', 'forum necessitatis', etc. The *Ogoni* case demonstrated the diversity and complexity of jurisdictional issues at the national and international levels. Although in terms of jurisdiction the courts of Nigeria were the most appropriate forum to bring an action in this case, due to the inefficiency of the Nigerian judicial system, the plaintiffs appealed to other jurisdictions. The *Wiwa* and *Kiobel* cases before the US courts can be considered as examples of an attempt, albeit unsuccessful, to implement the extraterritorial application of US national law and to apply the principle of universal jurisdiction in civil tort cases. US courts have denied the plaintiffs' claims under the 'forum non conveniens' doctrine and refused to apply extraterritorially the American tort law to corporations located and registered in other states. In the *Akpan* case, the District Court of the Netherlands refused to 'pierce the corporate veil', but the Court of Appeal ruled that it had jurisdiction to hear the case concerning both Shell and the Nigerian subsidiary. In the *Kiobel* case, which is also before the courts of the Netherlands, an alternative basis for jurisdiction was used – 'forum necessitatis'. In the *Okpabi* case, the British courts have so far refused to recognize their jurisdiction. It should be noted that the *Wiwa* and *Kiobel* cases concern the liability of Shell and SPDC for human rights violations, while the *Akpan* and *Okpabi* cases concern the civil liability for environmental damage. The above proceedings in national and international courts are a clear example of 'forum shopping'. The case was considered by the African Commission on Human Rights, which recognized its jurisdiction despite the absence of domestic remedies exhaustion, and by the West African Economic Community Court, which recognized its jurisdiction to hear the case under the African Charter as well as international covenants on human rights.

Key words: *Ogoni* case, jurisdiction, extraterritorial jurisdiction, universal jurisdiction, 'piercing the corporate veil', 'forum shopping', *forum non conveniens*, *forum necessitatis*.

N. MUSHAK, A. ZAPOROZHETS

*Natalia Mushak, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of the National Aviation University, Professor of the National Academy of Public Administration under the President of Ukraine**

ORCID: 0000-0002-5348-0410

*Anastasiia Zaporozhets, student of II year of Master's degree division of the National Aviation University***

LAW ENFORCEMENT COOPERATION AMONG MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

Statement of the problem and its relevance. Effective police cooperation is key to transform the Union into an area of freedom, security and justice based on respect for fundamental rights. Cross-border cooperation – involving police, customs and other law enforcement agencies - aims to prevent, detect and investigate criminal offences across the European Union.

As the national law enforcement system does not have the scope of competence needed to tackle the problem from the European perspective, EU member states have already started to form and implement a common justice and home affairs policy since the 1970s. And also, taking into account the scale, gravity and consequences of the corresponding types of crimes, there is an urgent need for joint actions of states aimed at preventing and suppressing them, which determines the relevance of the topic under study.

The purpose of the article is to study law enforcement cooperation among the EU Member States, to identify the main law enforcement agencies responsible for EU cooperation.

Analysis of research and publications. The legal regulation of inter-State cooperation in the fight against crime is discussed in the works of V. Muraviov, Z. Makarukha, C. Breterton, R. Shamsutdinov, S. Gless.

Presentation of the main article. For the first time, law enforcement cooperation in Europe became cross-border with the signing of the 1962 Treaty on Extradition and Mutual Assistance between the Benelux countries, which allowed for cross-border prosecution and police surveillance. The next step in police cooperation in Europe was the signing of the Convention implementing the 1990 Schengen Treaty. Section 1 of Part III of the Convention “Police and Security” provides clear conditions for cross-border prosecution and police oversight, improved opportunities for information exchange and networking among relevant services of member state¹.

At the same time, as the Maastricht Treaty of 1992 limited itself to defining police cooperation as one of the areas of interest of the EU member states, the Treaty of Amsterdam of 1997 was the first founding treaty that defined the content and boundaries of the joint activities of the member states in this field.

Subsequently, the Lisbon Treaty of 2007 identified important new provisions to enhance the EU’s ability to fight international crime, illegal migration and trafficking in people, arms and drugs. The Lisbon Treaty eliminated the three-pillar structure and introduced a section on the functioning of the EU into the Treaty “The Space for Freedom, Security and Justice,” highlighting judicial cooperation in civil cases, criminal cases and police cooperation as separate chapters. It also provided for the establishment of the European Public Prosecutor’s office² to investigate, prosecute and defend in court cases affecting the financial interests of the Union.

Accordingly, joint actions in the field of law enforcement cooperation include, among others: operative cooperation of competent authorities, in particular police, customs and other specialized law enforcement services of member states in the field of prevention, detection and investigation of criminal offences; collection, storage, elaboration, analysis and exchange, with the involvement of Europol, of law enforcement information, in particular reports on suspicious financial transactions, taking into account appropriate provisions on the protection of personal data; cooperation and joint initiatives on staff training, exchange of liaison officers and specialists, use of equipment and forensic investigations; joint assessment of individual investigation techniques designed to show serious forms of organized crime.

The main instrument of law enforcement cooperation is the European Police Office, which is central to the broader European internal security architecture. Europol’s role is to help national police and other similar authorities to act more effectively to facilitate cooperation between them. The focus of this cooperation is on preventing and combating terrorism, cybercrime, drug trafficking and other forms of serious cross-border crime³.

© N. Mushak, A. Zaporozhets, 2020

* *Наталія Богданівна Мушак, доктор юридичних наук, доцент, професор Національного авіаційного університету; професор Національної академії державного управління при Президентові України*

** *Анастасія Юрїївна Запорожець, студентка магістратури Національного авіаційного університету*

Europol began its activities on January 3, 1994 as the European Drug Unit (EDU). Immediately as Europol this department was founded on the basis of the Convention on the Establishment of the European Police Office (Europol) on July 26, 1995, which defined its primary task as improving the flow of information between member states, as well as the collection of information on illegal actions and the transfer of relevant information to competent national authorities (Article 29 of the Convention)⁴. However, even at the time of preparation of Europol Convention there was an acute discussion between member-states about delimitation of Europol competence with national law-enforcement bodies, as a number of states demanded to minimize the influence of the new structure on national investigations (France, Germany), and other states – on the contrary, advocated the idea of almost complete unification of legal procedures of bringing to criminal responsibility the persons who committed crimes on the territory of EU by Europol forces.

Despite the fact that the issue of Europol's competence was ultimately decided in favor of the sovereignty of states, the Europol Convention enshrined the principles of separation of powers between the new pan-European law enforcement agency and national police services of member states. The Europol Convention was ratified by all member states and entered into force on October 1, 1998. After several legislative acts related to the Convention, Europol started its full activity on July 1, 1999⁵.

Since January 1, 2010 Europol is an EU agency funded by the EU budget, and almost 1400 employees (including a maximum of 200 liaison officers) are based at its headquarters in The Hague. The main goal of Europol is to improve information exchange between police authorities. To this end, it conducts the Serious and Organized Crime Threat Assessment (SOCTA), which will serve as a basis for Council decisions, as well as the European Union's Terrorism Situation & Trend Reports (TE-SAT)⁵.

Europol is responsible for collecting, analyzing and exchanging information in order to counteract the creation of illegal immigration and transportation networks; terrorism; illegal trafficking in drugs, nuclear, explosives and radioactive substances, weapons, stolen cars, works of art and antiques, as well as false documents; counterfeiting of currency; corruption, property attempts and fraud, theft, cybercrimes; and environmental damage.

Europol's mandate extends to combating money laundering in relation to each of these types of crime. Europol supports EU countries by analyzing the operational work of EU police agencies; preparing strategic reports containing data on crimes of a European-wide dimension; improving the exchange of information between liaison officers (Europol Liaison Officers), within the framework of national legislation; conducting expertise and providing technical assistance for investigation and operational actions throughout the EU, under the control and responsibility of the state in whose territory the crime was committed⁶.

The Europol Convention provides for the establishment of a computer system to receive, provide and analyse information. The Convention substantiates the conditions of protection of human rights and security of personal data. The system functioning should be controlled by a special commission (Joint Supervisory Body). Europol reports to the Council of Ministers of Internal Affairs and Justice, which is responsible for its activity, appoints a director and his deputies.

Europol does not have any coercive powers (it cannot make arrests or conduct searches), but its operational powers have gradually increased. The Council Act of 28 November 2002, for example, allowed Europol to participate in joint investigation teams and to request member states to initiate criminal investigations. It also expanded its analytical capabilities, including the establishment in January 2013 of the European Center for Cybercrime, which is responsible, inter alia, for assessing the threat of organized crime on the Internet.

Following the terrorist attacks in Paris and Copenhagen in early 2015, the Council of Justice and Home Affairs instructed Europol to set up an Internet diversion unit to combat terrorist propaganda and other extremist measures. After the attack in Paris (November 2015), Council expanded Europol's counter-terrorism powers by starting work on 1 January 2016 at the European Center for Counter-Terrorism.

Similarly, following the massive influx of illegal migrants into the EU in 2014 and early 2015, Europol launched a joint MARE operation in March 2015 to strengthen efforts to counter human smuggling. It also contributes to this operation by deploying on «hot spots» at external borders. Europol is also authorized to negotiate transactions with third countries and bodies that are not members of the EU (e.g., cooperation agreement with Interpol and the USA)⁷.

On 27 March 2013, the Commission submitted to the European Parliament and the EU Council a legislative proposal to amend the current Europol decision, which included the proposed merger of Europol and the European Police College (CEPOL)⁸.

Rejected by both the EU Council and the Parliament, the mergers have now been postponed. In May 2016, the Parliament and the Council approved the new Europol Regulation⁹. This regulation facilitates the establishment by Europol of specialized units to respond to new threats, establishes rules for existing units (for example, the above-mentioned counter-terrorism units) and provides a more reliable data protection regime, strengthened governance and greater responsibility for agencies must be achieved through a common group of parliamentary audits, bringing together the European Parliament and national parliaments.

Since 2018, Europol has conducted several important operations, including:

– the leader of the Carbanak and Cobalt criminal gang of harmful software attacks targeting more than 100 financial institutions around the world were arrested in Alicante, Spain, after a complex investigation led by the Spanish National Police. The criminal transaction affected banks in more than 40 countries and resulted in cumulative losses of more than €1 billion for the financial industry. However, the United States of America and the United States of America have not yet done so. April 25, 2018, law enforcement agencies of states.

– members of the European Union, Canada, and the US have launched a joint action against the so-called propaganda machine of the Islamic State with the aim of seriously disrupting its propaganda flow. This operation was coordinated by the European Union Internet Communications Unit (IRU) within the European Counter-Terrorism Centre at Europol headquarters. This operation, targeting major IP-branded media such as “Amak”, as well as radio stations “Al-Bayan”, “Halumi” and “Nashiri news”, jeopardized the ability of IS to broadcast and publish terrorist material.

– on 5 December 2018, the judicial and law enforcement authorities of the Netherlands, Italy, Germany, Belgium and Luxembourg took coordinated and decisive action against “Ndranghet”. The operation code-named “Polli-no” is the largest of its kind in Europe today. Several hundred police officers, including special units, as well as prosecutors and investigators, have participated in today’s operation. Close cooperation in the investigation resulted in the discovery of almost 4,000 kg of cocaine and hundreds of kilograms of other drugs throughout Europe. Until 12:00, the arrest of 84 suspects, including high-ranking members of the mafia network, was reported.

– in 2019, the second largest darknet market was destroyed by law enforcement. This police operation, coordinated by Europol, resulted in the arrest of three people suspected of running Wall Street stores, the world’s second-largest dark web market. The arrests were coordinated by the Dark Web Team Europol, which is working with EU partners and law enforcement agencies around the world to reduce the size of this underground illegal economy.

Thus, given the above, it should be noted that the activities of Europol are of informational or coordination nature.

Police training is an important aspect of law enforcement cooperation. For this purpose, CEPOL was established in 2000, first as a network of existing national training institutions, and then as an EU agency (Council Decision 2005/681 / JHA of 20 September 2005)¹⁰.

This decision was replaced and repealed by the EU Regulation 2015/2219 of the European Parliament and the Council of 25 November 2015 by the European Union Law Enforcement Training Agency (CEPOL)¹¹.

Thus, it is worth noting that the joint activities of Europol and other institutions of law enforcement cooperation are of particular importance at the present stage, and the importance of further utilizing the possibilities of international police cooperation is topical, and the need to enhance the effectiveness of such cooperation through concerted action at the national and international levels to improve legal regulation.

Another instrument of law enforcement cooperation is the Standing Committee on Operational Cooperation on Internal Security (COSI). It is a new committee within the EU security framework and was founded in the Treaty of Lisbon, but this concept was formally introduced in 2004 in article III-261 of the Treaty Establishing the European Constitution¹². Article 71 of TFEU states that “a standing committee shall be established within the Council to ensure the development and strengthening of operational cooperation on internal security within the Union”.

An example of this provision was established in the Council’s decision of 25 February 2010 establishing the Standing Committee on Operational Cooperation on Internal Security Matters (2010/131/EU)¹³. By founding COSI, the treaty significantly strengthened and formalized operational cooperation on internal security within the EU. In the Treaty of Lisbon, coordination of operational activities was not the exclusive responsibility of the justice and internal affairs authorities.

In fact, until 2010, the Council and its secretariat played an important executive role; it served as a forum for operational law enforcement cooperation among States members, sometimes assuming a coordinating role in the absence of authority in this regard in the European Commission. The Working Group on Freedom, Security and Justice, in its final report to the Constitutional Assembly, proposed to merge the various working groups of the Council dealing with internal security and to redefine the Committee’s mission under article 36, which participates in the legislative work of the Council, with the aim of coordinating operational cooperation.

In general, according to the functions of COSI, paragraph 4.1 of the Stockholm Programme¹⁴ lays the foundation for the functioning of the Zone of Freedom, Security and Justice, the COSI is basically to develop, control and implement an internal security strategy, and should also cover security aspects of integrated border management and, where appropriate, judicial cooperation in criminal matters relating to operational cooperation in the field of internal security, in order to ensure the effective implementation of the internal security strategy. In addition, the ISS should be regularly informed about coordination and cooperation in the field of combating trafficking in human beings, implemented by Member States and EU bodies.

The European Union Centre for Analytical Intelligence (Eu Intelligence and Situation Centre - EU INTCEN)¹⁵ is not essentially a police cooperation body as it is part of the European External Action Service (EEAS). The creation of the EU INTCEN – or the EU Situation Centre (EU SITCEN), as it was called until 2012 – is closely linked to the creation of the European Security and Defence Policy (ESDP) and the creation of the post of High Representative in 1999. The development of ESDP crisis management capabilities and the deployment of both civilian and military missions has made it clear that a broader intelligence analysis structure is needed.

The events of September 11, 2001 and the growing threats of global terrorism have also highlighted the need for timely and accurate intelligence analysis to support EU policy making.

In 2002, the EU SITCEN was founded in the General Council. The Secretariat is directly attached to the Office of the High Representative.

Nevertheless, the European Union’s Intelligence Analysis Centre contributes to law enforcement cooperation by conducting threat assessments based on information provided by intelligence agencies, military, diplomatic and police services. INTCEN can also make a useful operational contribution by providing, for example, Europe-wide information on the destinations, motives and movements of terrorists¹⁶.

Conclusions. Thus, at the current stage of development of the European Union, the coordination of law enforcement activities of the member States of the European Union and law enforcement cooperation among the member States of the European Union are of sufficient importance, related to pan-European integration. In coordinating the activities of law enforcement agencies, this involves the development, operational cooperation and practical implementation of joint activities in the field of prevention, detection and investigation of criminal offences in EU member States.

¹ Муравйов В.І. Правова природа Європейського Союзу. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2002. Вип. 32. Частина 2. С. 119–125.

² Official website – European Public Prosecutor’s office. URL: https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/networks-and-bodies-supporting-judicial-cooperation/european-public-prosecutors-office_en

³ Макаруха З.М. Правова характеристика «зовнішнього виміру» простору свободи, безпеки та справедливості Європейського Союзу. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2010. № 2. С. 379–387.

⁴ Convention Based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the Establishment of a European Police Office (Europol Convention). URL: <http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=legalconv>

⁵ Bretherton Ch. *The European Union as a Global Actor* / Ch. Bretherton, J. Vogler; 2nd ed. Abingdon: Routledge, 2006. 457 p.; Keukeleire S. *The Foreign Policy of the European Union* / S. Keukeleire, J. MacNaughtan. Basingstoke: Palgrave, 2008. P. 157–159.

⁶ Шамсутдинова, Р.Р. Пространство свободы, безопасности и правосудия Европейского союза: становление, развитие и основные формы сотрудничества государств-членов: автореф. дис. ... канд. юр. наук / Р.Р. Шамсутдинова. Казань: КГУ, 2009. 28 с.

⁷ Sabine Gless. *Police and judicial cooperation between the European Union member states. Results and prospects*. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/18245145.pdf>

⁸ Official website – CEPOL. URL: <https://www.cepola.europa.eu>

⁹ Regulation (EU) 2016/794 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371 / JHA, 2009/934 / JHA, 2009/935 / JHA, 2009/936 / JHA and 2009/968 / JHA. Official Journal of the European Union. L 135/53 URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015R0757>

¹⁰ Council decision 2005/681 / JHA of 20 September 2005 establishing the European Police College (CEPOL) and repealing Decision 2000/820 / JHA /. Official Journal of the European Union. L 256/63. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005D0681>

¹¹ Regulation (EU) 2015/2219 of the European Parliament and of the Council. URL: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?Uri=CELEX%3A32015R2219>

¹² Regulation (EU) 2015/2219 of the European Parliament and of the Council. URL: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?Uri=CELEX%3A32015R2219>

¹³ Council Decision of 25 February 2010 on setting up the Standing Committee on operational cooperation on internal security (2010/131 / EU). Official Journal of the European Union. L 52/50. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32010D0131>

¹⁴ European Council, The Stockholm Program – An open and secure Europe serving protecting citizens O.J. 2010 C, no. 115/0. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?Uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:EN:PDF>

¹⁵ Official website – EEAS. URL: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/eeas_en

¹⁶ “Internal security strategy for the European Union. Towards a European security model”, Brussels 2010, retrieved 27.07.2016, www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/publications/2010/pdf/qc3010313plc_pdf

Резюме

Мушак Н.Б., Запорожець А.Ю. Співробітництво правоохоронних органів держав-членів Європейського Союзу.

Стаття присвячена дослідженню співробітництва держав - членів Європейського Союзу в галузі правоохоронної діяльності. Визначено основні органи, відповідальні за співпрацю в ЄС.

Визначено необхідність налагодження ефективної співпраці з питань формування та реалізації спільної політики в сфері внутрішніх справ, об'єднання зусиль по розробці відповідних механізмів співпраці, боротьби з такими злочинами, як: тероризм, незаконний обіг наркотиків, зброї, а також торгівля людьми, кібератаки.

Було визначено, що основним інструментом поліцейського співробітництва є Європейське поліцейське бюро, яке є центральним елементом ширшої європейської архітектури внутрішньої безпеки. Головна мета Європолу – зробити Європу безпечнішою. Він підтримує держави-члени ЄС в їх боротьбі з тероризмом, кіберзлочинністю та іншими серйозними і організованими формами злочинності. Європол також співпрацює з багатьма державами, які не є партнерами ЄС, і міжнародними організаціями. Масштабні злочинні і терористичні мережі становлять значну загрозу для внутрішньої безпеки ЄС. CEPOL зарекомендував себе як агентство, яке розробляє, впроваджує та координує навчання співробітників правоохоронних органів. CEPOL вносить свій внесок в забезпечення безпеки Європи, сприяючи співробітництву та обміну знаннями між співробітниками правоохоронних органів в державах-членах ЄС. Аналітичний центр розвідки ЄС (EU INTSEN) не є, строго кажучи, органом поліцейського співробітництва, оскільки він є Дирекцією Європейської служби зовнішньополітичної діяльності (EEAS) і займається тільки стратегічним аналізом. Проте, він вносить свій внесок в поліцейське співробітництво, проводячи оцінку загроз на основі інформації, наданої розвідувальними службами, військовими, дипломатами і поліцейськими службами.

Що стосується Постійного комітету із забезпечення розвитку та зміцнення оперативної співпраці з питань внутрішньої безпеки в рамках Союзу (COSI), то він сприяє координації між компетентними органами держав-членів.

Ключові слова: співробітництво у правоохоронній сфері, органи ЄС, правоохоронна діяльність, правоохоронні функції ЄС, принципи співпраці, транскордонна злочинність.

Резюме

Мушак Н.Б., Запорожець А.Ю. Сотрудничество правоохранительных органов государств-членов Европейского Союза.

Статья посвящена исследованию сотрудничества правоохранительных органов государств-членов Европейского Союза. Определены главные органы, отвечающие за сотрудничество в ЕС.

Установлено, что главным инструментом полицейского сотрудничества является Европейский полицейский офис, который является центральным элементом более широкой европейской архитектуры внутренней безопасности. Доказано, что CEPOL – это агентство, которое занимается разработкой, внедрением и координацией обучения для сотрудников правоохранительных органов. Аналитический центр разведки ЕС (EU INTCEN) не является, строго говоря, органом полицейского сотрудничества, поскольку он является Дирекцией Европейской службы внешних действий (EEAS) и занимается только стратегическим анализом. По постоянного комитета для обеспечения развития и укрепления оперативного сотрудничества по вопросам внутренней безопасности в рамках Союза (COSI), то он способствует координации действий компетентных органов государств-членов.

Ключевые слова: правоохранительное сотрудничество, органы ЕС, деятельность правоохранительных органов, функции правоохранительных органов ЕС, принципы сотрудничества, трансграничные преступления.

Summary

Natalia Mushak, Anastasiia Zaporozhets. Law Enforcement Cooperation of the Member States of the European Union.

The article is devoted to the study of law enforcement cooperation of the European Union Member States. The main bodies responsible for cooperation in the EU have been identified.

It has been determined that the main instrument of police cooperation is the European Police Office, which is a central element of the wider European internal security architecture. CEPOL has been proven to be the agency that develops, implements and coordinates training for law enforcement officers. The EU Analytical Intelligence Centre (EU INTCEN) is not, strictly speaking, a police cooperation body, as it is the Directorate for European External Action Service (EEAS) and deals only with strategic analysis. On the Standing Committee to ensure the development and strengthening of operational cooperation on internal security matters within the Union (COSI), it promotes coordination among the competent authorities of the member states.

Key words: law enforcement cooperation, EU bodies, activities of law enforcement bodies, functions of EU law enforcement bodies, principles of cooperation, transboundary crimes.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.62

УДК 351.755.62

І.Д. СОФІНСЬКА

*Ірина Дмитрівна Софінська, доктор юридичних наук, доцент Навчально-наукового інституту права, психології та інноваційної освіти Національного університету «Львівська політехніка»**

ORCID: 0000-0002-3853-7626

ПАСПОРТ: ГЛОБАЛЬНІ ВИКЛИКИ – ЛОКАЛЬНІ РІШЕННЯ

Постановка проблеми. Від народження кожна особа має право на ім'я і громадянство (принцип 3 Декларації ООН прав дитини 1959 р.¹, продубльований та задекларований у ст. 7 Конвенції ООН про права дитини 1989 р.²). Кожна держава світу володіє різноманітним спектром засобів ідентифікації власних громадян, фіксації їх громадянства та імені, контролю за ними. Основним політико-правовим інструментом серед них є паспорт – документ, наявність якого традиційно підтверджує права, обов'язки, гарантії та привілеї особи-пред'явника, пов'язані з набутим громадянством, незалежно від їх кількості, часу та способу набуття.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед найяскравіших нещодавніх досліджень у сфері правової ідентичності особи (а детальніше громадянства та паспортизації) варто виокремити декілька важливих та популярних імен: Атосса Араксія Абрагамян³, Клер Бенуа⁴, Патрік Вейл⁵, Мартін Ллойд⁶, Крег Робертсон⁷, Марк Селтер⁸, Пітер Спіро⁹, Джон Торпі¹⁰, Джеймс Туллі¹¹ та інші. Якщо спершу паспорт вважався дозволом для легального пересування конкретної особи, то у ХХ ст. цей документ став символом ідентичності та доказом громадянства особи. Популяризація (доступність) подвійного (множинного) громадянства стала викликом як глобально, так і локально.

Мета статті: унаочнити трансформацію паспорта від документа для легального пересування (безпечних мандрів) особи всередині держави та за її межами до символу ідентичності особи з державою свого походження чи народження, доказу зафіксованого громадянства.

Виклад основного матеріалу. Паспорт вважається фінальним доказом (*conclusive proof*) наявного в особи громадянства, як встановленого постійного у часопросторі, ефективного та правового зв'язку між нею

© І.Д. Софінська, 2020

* *Iryna Sofinska, Dr. hab. in Law, Associate Professor of the National University "Lviv Polytechnic"*

і державою, незалежно від етнічного походження особи, який проявляється у взаємних правах, обов'язках та привілеях¹². Здавна паспорт вважався важливим символом ідентичності особи з державою свого походження чи народження; офіційним документом, який засвідчує статус особи, оскільки його отримати можна в результаті виконання конкретних юридичних та/чи фінансових вимог або як дарунок від глави держави; документом для легального пересування (безпечних мандрів) особи всередині держави та за її межами.

Філософсько-правовим першоджерелом опрідметнення триаспектності паспорта як: 1) дозволу для пересування конкретної особи; 2) виданого главою держави (монархом) та 3) документа, який підтверджує певні права, обов'язки, гарантії та привілеї, вважаємо біблійну історію про мандри Неємії ймовірно у 445–444 рр. до Р.Х. із міста Шуш до Єрусалиму (понад 1 600 км на сьогоднішній час)¹³. Отже, Неємія, королівський виночерпій, за наказом перського царя Артаксеркса I «Довгорукого» з династії Ахеменідів поїхав до Єрусалим з місією відбудувати храм Соломона, міські мури та брами (Книга Неємії 2: 7-9): «Коли цареві до вподоби, нехай дадуть мені листи до начальників заріччя [за Тигром та Євфратом], щоб вони мене пропустили, доки не дійду до Юдеї, та й лист до Асафа, царського лісничого, щоб дав мені дерева на колоди для брам у твердині, що при храмі, на міські мури та на дім, в якому буду жити. І дав мені цар, бо добродійна рука мого Бога була надо мною. От і прийшов я до начальників заріччя і передав їм царські листи»¹⁴.

Саме в цій історії з'являється словосполучення, яке через багато століть знайде своє визначення італійською мовою і стане «паспортом», дозволом «пройти крізь браму у місто (*passare la porta della città*)». Це станеться передусім із двох причин – у зв'язку із розвитком дипломатії та торгівлі. Прикладом взаємопов'язаного розвитку дипломатії та торгівлі може слугувати золота пайца (металевий додаток до писаного документа, ярлика), яку Марку Поло видав у другій половині XIII ст. Великий монгольський Кублай-хан для започаткування дипломатичних відносин із Папським престолом¹⁵. Окремо варто зазначити, що в тогочасних ісламських державах лише особи, які сплатили податки (незалежно від віросповідання), могли вільно пересуватися на підставі т.зв. квитанції про оплату (*bara'a*).

У Британії одна із найдавніших інформацій про документ, виданий монархом особі для легального пересування (безпечних мандрів, *safe conduct*), представлена в Акті парламенту 1414 р. під час правління короля Генрі V з династії Ланкастерів¹⁶. У той час англійський монарх володів прерогативою видавати такий документ будь-кому незалежно від його громадянства, до того ж іноземці отримували його безкоштовно, а британці платили за його отримання¹⁷.

Тоді ж (у 1414 р.) схожий документ з'явився і у Франції, де його теж видавав монарх для вільного пересування товарів у межах держави та за її кордонами. Як відомо, під час правління короля Франції Луї XI Розсудливого з 1464 р. дія цього документа поширювалася і на звичайних людей. У 1540 р. такий документ для подорожі отримав назву *паспорт*. До правничої термінології «паспорт» потрапив у 1570 р.¹⁸

У середньовічній Європі місцева влада видавала паспорти переважно іноземцям, у цих документах було визначено чіткий перелік міст та містечок, які ця особа мала дозвіл відвідати (не стосувалося портів, які вважалися зонами вільної торгівлі, і будь-хто будь-коли міг потрапити у порт). Надзвичайну популярність у Франції паспорти здобули під час правління «короля-сонця» Луї XIV, починаючи з 1669 р. Тоді ж частково змінилося опрідметнення паспорта: оскільки більшість мандрівок у той час відбувалися через моря та океани, то і в'їзд у місто відбувався через порт (*passe port*).

На початку Французької революції паспорти були скасовані у контексті реалізації свободи пересування осіб. Однак протягом 1792 р. було прийнято Національними законодавчими зборами Франції декілька декретів, які мали «силу законів» та відновлювали циркуляцію паспортів. На законодавчому рівні *de facto* було встановлене зобов'язання кожного, хто планує подорожувати, мати паспорт. Однак паспорти не були популярними серед звичайних людей (французький імператор Наполеон III визнав паспорт «гнітючим винаходом» і скасував його у 1860 р.)¹⁹.

Очевидно, що американська модель паспортизації суголосна з британською та французькою: колоністи спочатку використовували британську модель громадянства та паспорти для пересування між колоніями. Перша згадка про американський паспорт датується 1775 р., однак окремо варто зазначити, що у 1780 р. Бенджамін Франклін, будучи послом у Францію (1779–1785 рр.), видав французькою мовою та самостійно виготовив для Френсіса Дейни паспорт для переїзду з Франції у Нідерланди. Визначення паспорта як документа, який свідчить про правову ідентичність та громадянство особи-пред'явника, з'явилося лише у 1835 р. у рішенні Верховного суду США у справі *Urtetiqui v. D'Arcy*²⁰. Однак у кінці XIX століття у США можна було подорожувати також без паспортів, як і у Франції.

Важливим підтвердженням взаємопроникності громадянства, свободи пересування, розвитку дипломатії та торгівлі (фактично актуалізації давньоримської концепції «*civis Romanus sum*») є справа «Дона Пасіфіко (*Don Pacifico affair*)» 1850 р. між Британією та Грецією. Ця справа стосувалася підтримки британського уряду щодо отримання компенсації від грецького уряду за завдану шкоду у 1847 р. Давіду Пасіфіко, колишньому португальському дипломатові, торговцю-сефарду, народженому ймовірно у Гібралтарі (а тому британському громадянину), який проживав в Афінах²¹.

На початку XX ст. у результаті масштабних геополітичних змін у світі (насамперед у Європі) активізувалася нова категорія людей – біженці (в т.ч. політичні емігранти). Це були вимушені переселенці, які постраждали внаслідок Першої світової війни, у результаті територіальних змін вони *de jure* втратили наявне громадянство (відмовилися *de facto* набути громадянство нових держав, а їхні паспорти стали камуфляжними), також вони боялися переслідування, ув'язнення чи навіть страти²².

Спершу у 1920 р. Ліга Націй провела у Парижі Міжнародну конференцію щодо паспортів, митних процедур та квитків прямого сполучення, під час якої були запроваджені паспорти, формат яких є дійсним майже без змін дотепер (як стандартизований письмовий візуалізований антропометричний персоналізований документ). Далі, у березні 1922 р., Рада Ліги Націй ініціювала створення «нансенівського паспорта» – спеціального документа, який дозволяв особі-пред'явнику (визнаній біженцем чи особою без визначеного громадянства) вільно пересуватися та уникнути переслідування з боку держави його громадянства (національної приналежності). Спочатку, видача «нансенівського паспорта» стосувалася «будь-якої особи російського походження (В. Набоков, С. Рахманінов, І. Стравінський, М. Шагал), яка не бажає захисту з боку органів влади СРСР і не набула жодного іншого громадянства» (О.І. Бочковський)²³, однак згодом дія цього паспорта поширилася на осіб грецького (А. Онассіс), турецького, сирійського, вірменського²⁴ походження, які були визнані особами без визначеного громадянства²⁵.

Однак таке визначення (йдеться про особу «російського походження, яка не набула жодної іншої державної приналежності»), запропоноване Верховним комісаром Ліги Націй, не лише заперечувало сам факт відродження української державності протягом 1917–1920 рр., прийняття законів про громадянство УНР (2 березня 1918 р.)²⁶ та Гетьманату (2 липня 1918 р.)²⁷, а й позбавляло українців їхнього «національного імені»²⁸. Навіть незважаючи на те, що багатьом українцям «нансенівський паспорт» врятував життя. Насамперед йшлося про визнання українських біженців окремою категорією емігрантів та про офіційний запис української національності у «нансенівських паспортах», оскільки на момент еміграції українські біженці були громадянами УНР, яку багато держав-членів Ліги Націй визнали самостійною державою, а в деяких із них діяли українські дипломатичні установи (представництва)²⁹.

«Нансенівський паспорт» зразка 1922 р. не гарантував біженцям право на повернення в ту державу, яка його видала, а виїзд в іншу державу допускався лише на підставі спеціального дозволу (втрачав чинність, якщо його власник повертався в державу свого походження). Існували три види «нансенівського паспорта» залежно від категорії одержувачів: сині – для російських і вірменських біженців, зелені – для осіб російського походження, які залишили СРСР з радянським паспортом та не могли його отримати чи подовжити термін дії, рожеві – для осіб без громадянства³⁰. За допомогою «нансенівського паспорта», виданого представництва Ліги Націй протягом 1922–1938 рр. і визнаного у 52 державах світу, пред'явники (загалом йдеться про 450 тисяч осіб в усьому світі) отримали право проживати та вільно пересуватися (подорожувати) по території цих держав³¹.

Інфраструктурний розвиток залізниці та авіатранспорту дав поштовх до активізації міграційних рухів: у багатьох державах Європи та світу саме на авіаперевізників покладено обов'язок перевірки паспорта та інших документів, які підтверджують можливість в'їзду особи-пред'явника в конкретну державу³². Такі глобалізаційні та цивілізаційні виклики змінили (диференціювали) парадигму предметності паспорта:

– як стандартизованого письмового (насправді *machine-readable*) візуалізованого антропометричного персоналізованого доказу громадянства³³;

– як засобу ідентифікації осіб, які набувають громадянство конкретної держави незалежно від часу, місця та способу (у вигляді обробки персональних даних*), та контролю за ними з боку цієї держави³⁴;

– як паперового документа, який наділяє особу-пред'явника правами, обов'язками та привілеями, гарантує свободу пересування (безлімітний і безстроковий в'їзд у державу громадянства та виїзд з неї, *laissez-passer*) та імунітет (від екстрадиції).

Наявність чи відсутність паспорта конкретної держави корегує життєвий шлях кожної людини і часто не залежить від її національності (походження), постійного проживання у цій державі, інтеграції у суспільне середовище та загалом сповідування традиційних цінностей і традицій цієї держави³⁵. «Гідні уваги паспорти» дозволяють особі-пред'явнику періодично здійснювати безлімітні безвізові мандри (легко та без жодних проблем отримати візу в разі потреби), уникати надмірного, на її думку, оподаткування та приховувати прибутки, отримані не завжди легальним шляхом³⁶. Відбувається поступове знецінення паспорта як доказу (базового атрибуту) громадянства у випадку його набуття у зв'язку з інвестицією або т. зв. «купівлею за готівку» у розумінні *cash-for-passport*, незважаючи на те, що «паспорт – це не лише аркуш чи офіційний документ, це також набір прав та обов'язків громадянина»³⁷.

У сучасному світі існує чимало успішних та благополучних держав, які проводять т. зв. «аукціони» громадянства, на яких можна безперешкодно «купити» потрібний чи омріяний паспорт (набути альтернативне громадянство). Вочевидь, далеко не будь-хто може взяти участь у такому «аукціоні» громадянства, – це як закритий клуб, вхід у який дозволяється лише за персональними картками, які підтверджують членство у такому клубі, та сплативши вступний внесок. Такі мерітократичні підходи до громадянства та паспортизації побутують у багатьох державах світу і є наслідком чітко продуманої й ефективної діяльності держави щодо покращення своєї економічної ситуації шляхом офіційного чи латентного «продажу» громадянства (а з ним і паспорта), а не результатом реальної інтеграції особи-інвестора у суспільство, вивчення державної мови, історії, культури та традицій³⁸. Бажання набути альтернативне громадянство і паспорт, наявність якого зможе забезпечити усталений рівень життя, є характерним для сучасного споживачького глобалізованого світу, провокує деформацію правового світопорядку та породжує вимушену міграцію (переселення) людей³⁹.

* Збирання, реєстрація, накопичення, зберігання, адаптування, зміна, поновлення, використання і поширення (розповсюдження, реалізація, передача), знеособлення, знищення секретних (недоступних для широкого вжитку) персональних даних особи-пред'явника паспорта

Традиційно, компетентний орган держави, використовуючи свої дискреційні повноваження, може видати (подарувати) або відкликати (конфіскувати) паспорт *de facto*, не враховуючи факт набуття чи припинення громадянства *de jure*, що виглядає підозріло і може спровокувати правову дилему у майбутньому: у демократичних і правових державах паспорт є документом, який свідчить про громадянство особи-пред'явника та фіналізує процедуру набуття особою громадянства незалежно від способу, часу і місця. А тому відкликати (конфіскувати) паспорт без припинення громадянства (у вигляді втрати), позбавлення громадянства чи скасування його набуття – це нонсенс (особливо, якщо є підстави вважати, що набуття особою громадянства незалежно від способу відбулося в результаті подання недостовірної (фальшивої) інформації). Інша річ, що компетентний орган держави може відкликати (конфіскувати) дійсний паспорт особи, вважаючи що її пересування можуть завдати шкоду національній безпеці (скомпрометувати її) і міжнародній політиці (здійснення підривної діяльності чи шпіонажу)⁴⁰.

Необхідно диференціювати відкликання (конфіскацію) дійсного паспорта від відмови компетентного органу держави видати цей документ, якщо порушена сама процедура набуття громадянства або особа-заявник її не завершила (до прикладу, під час інтерв'ю особа показала недостатній рівень інтеграції в іспанське суспільство, бо не знала ім'я дружини тогочасного прем'єр-міністра держави)⁴¹.

У Швейцарії у 1983, 1994 та 2004 рр. відбулися національні референдуми щодо розширення доступу іноземців, які тривалий час проживають у Швейцарії, до швейцарського громадянства чи принаймні полегшення (спрощення) процедури натуралізації, однак безуспішно⁴². Незважаючи на те, що питання у сфері громадянства є законодавчо визначені на федеральному рівні, кантони на регіональному та територіальному громади (муніципалітети) на місцевому рівнях можуть встановлювати додаткові вимоги щодо процедури набуття особою громадянства (по суті ускладнювати її). Тому, окрім вищезгаданої ситуації, варто зазначити ще декілька порівняно нещодавніх казусів:

- у 2014 р. місцева рада відмовила у набутті громадянства 75-річному американському професору-емериту з хімії, який прожив і пропрацював у Швейцарії (ETH Zurich) майже 40 років, був одружений зі швейцаркою, його троє дітей – громадяни Швейцарії від народження, оскільки він недостатньо інтегрувався за цей час у місцеве життя (не зміг правильно назвати сусідніх сіл, не знав місцевих питань та проблем)⁴³;

- у 2015 р. 50-річному громадянину Італії, який проживає в Швейцарії понад 30 років та має свій бізнес (продає морозиво), було відмовлено у набутті громадянства у зв'язку з натуралізацією, оскільки він недостатньо інтегрувався за цей час у місцеве життя (не знав, які тварини (ведмеді та вовки) перебувають у місцевому зоопарку)⁴⁴. Однак у січні 2020 р. Федеральний трибунал Швейцарії визнав таке рішення органів місцевої влади необґрунтованим та свавільним, постановивши надати заявнику громадянство⁴⁵;

- у 2016 р. біженцям із Косово, які проживають у Швейцарії з 2006 р., відмовили у набутті громадянства громадянці Нідерландів у зв'язку з натуралізацією, оскільки вони, гуляючи навколо містечка, були вдягнуті у «неправильний» одяг (незважаючи на те, що вони володіють мовою, успішно здали всі тести на знання історії, культури, традицій та географії)⁴⁶;

- у 2016 р. двом дівчаткам-мусульманкам було відмовлено у набутті громадянства у зв'язку з натуралізацією, оскільки вони відмовилися відвідувати (фактично прогулювали) уроки плавання у школі, де вони навчалися, спільно з представниками чоловічої статі (порушення принципу рівності)⁴⁷;

- у 2017 р. вперше муніципалітет відмовив у набутті громадянства у зв'язку з натуралізацією громадянці Нідерландів, яка є веганом і публічно висловлювалася за скасування місцевих сільських традицій; вдруге їй відмовили у зв'язку з недостатнім знанням місцевих спортивних традицій (незважаючи на те, що вона живе у Швейцарії багато років, а її діти є громадянами Швейцарії від народження)⁴⁸;

- у 2018 р. подружжю відмовили у набутті громадянства у зв'язку з натуралізацією, оскільки вони відмовилися потиснути руку представнику компетентного органу протилежної статі під час отримання паспорта, як фінальної частини процедури набуття швейцарського громадянства на підставі натуралізації, що вважається порушенням принципу рівності⁴⁹.

Схожу ситуацію, коли наявність паспорта не є тотожним наявності в особи громадянства держави, спостерігаємо у випадку скасування компетентними органами держави набуття нею громадянства у випадку набуття внаслідок шахрайських дій, подання неправдивих відомостей або приховування будь-якого суттєвого факту, що стосується заявника⁵⁰. Наявність паспорта у цьому випадку не є дійсним доказом громадянства, оскільки процедура оскарження у судовому порядку рішення компетентними органами держави про скасування набуття особою громадянства не є завершеною (або рішення у справі не є позитивним для особи-заявника), а тому така особа не має громадянства конкретної держави (хоч і користується паспортом на свій страх і ризик).

Окремої уваги заслуговує згадка про існування камуфляжних паспортів (*camouflage passport*), які на вигляд мало чим відрізняються від дійсних паспортів, однак видані вони органами влади самопроголошених невизнаних республік або органами держав, які припинили своє існування (в результаті розпаду, об'єднання, деколонізації) чи змінили назву. На рівні ЄС існує список уявних, фіктивних, камуфляжних паспортів, затверджений у вигляді спільного рішення Ради Європейського Союзу та Парламентом ЄС (востаннє оновлений у березні 2017 р.): особи-пред'явники таких документів не мають права на в'їзд до ЄС та вільне пересування в кордонах держав-членів ЄС*.

* Детальніше дивитися тут: URL: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/document-security/docs/list_of_known_fantasy_and_camouflage_passports_en.pdf

Протягом останніх 20 років у сучасній матриці громадянства науковці розмірковують над такими трьома основними питаннями: наскільки межі членства людини у державі (*membership*) будуть співрозмірними з кордонами між державами (ступінь); наскільки переваги і межі членства людини у державі будуть закріплені у законодавстві (зміст); і наскільки «товщина» ідентичності громадян як членів держави буде осмисленою і зрозумілою для кожного з них (глибина)⁵¹. Паспорт вважається тим доказом громадянства особи (*proof-of-citizenship*), який на емоційному і ціннісному рівні корелює із відчуттям особистої ідентичності, приналежності, враховуючи урочисту присягу на вірність, спадком, який передається за походженням на підставі права крові *jus sanguinis* нащадкам незалежно від часу та місця народження.

Існує думка, що «[паспорт як] кокарда означає належність до громадянства якоїсь держави, однак, її колір ніяк не є пов'язаний із нацією, він відображає не себе, а націю» (п. 58 трактату)⁵². Кольорова палітра паспортів у світі є достатньо широкою, однак, традиційно, використовують такі популярні тинктури (геральдичні емалі): червону, синю, зелену та чорну (з відповідними відтінками)*. Але й тепер кожен, хто має паспорт «правильного» кольору, виданий державою з високим «індексом щастя», може втішатися своїми привілеями⁵³.

Міграційна криза у ЄС протягом 2015–2019 рр., масова купівля паспортів та розповсюдження COVID-19 протягом 2020 р. спровокувало перегляд засадничих елементів свободи пересування і пришвидшило розроблення стратегії аутсорсингу міграції (*outsourcing of migration*), диверсифікацію міграційних потоків та «ренесанс» ціннісного наповнення паспорта як стандартизованого письмового візуалізованого антропометричного персоналізованого доказу громадянства, який наділяє особу-пред'явника правами, обов'язками та привілеями, свободою пересування та імунітетом від екстрадиції. І нарешті, коли у 2020 р. розмірковуємо про свободу пересування, національну безпеку, гарантування прав людини, відродження кордонів держав-членів ЄС, то варто пам'ятати беззневне звернення президента Франції Е. Макрона до співвітчизників про те, що «цей вірус не має паспорта (*ce virus n'a pas de passeport*)»**.

¹ Декларація прав дитини, 20 листопада 1959 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_384 (дата звернення: 17.12.2018).

² Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р. (редакція зі змінами, схваленими резолюцією 50/155 Генеральної Асамблеї ООН від 21 грудня 1995 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021) (дата звернення: 17.12.2018).

³ Abrahamian A.A. *The Cosmopolites: The Coming of the Global Citizen*. Columbia Global Reports, 2015. 162 p.

⁴ Benoit C. Force and Effect: A Look at the Passport in the Context of Citizenship. *Fordham Law Review*, 2014, Volume 82, Issue 6. P. 3307–3340.

⁵ Weil P. Citizenship, Passports, and the Legal Identity of Americans: Edward Snowden and Others Have a Case in the Courts, 123 *Yale Law Journal Forum* 565 (2014). URL: <http://yalelawjournal.org/forum/citizenship-passports-and-the-legal-identity-of-americans>.

⁶ Lloyd M. *The Passport: The History of Man's most Travelled Document (Queen Anne's Fan; 1st Edition, 2008)* 242 p.

⁷ Robertson C. *The Passport in America: The History of a Document*. Oxford University Press; 1st Edition. 2010. 352 p.

⁸ Salter M.B. *Rights of Passage: The Passport in International Relations*. Lynne Rienner Publishers, 2003. 195 p.

⁹ Spiro P.J. *At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship (Citizenship and Migration in the Americas)*, NYU Press: 2016, 208 p.

¹⁰ Torpey J.C. *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State (Cambridge Studies in Law and Society)* 2nd Edition. 2018. 284 p.

¹¹ Tully J. *On Global Citizenship: James Tully in Dialogue (Critical Powers)* Bloomsbury Academic: 2014. 368 p.

¹² Софінська І. Філософсько-правова візія доктрини громадянства: монографія. Львів: Каменяр, 2018. 346 с.

¹³ Benedictus L. A brief history of the passport: From a royal letter to a microchip. *The Guardian*, Friday 17 November 2006. URL: <http://www.theguardian.com/travel/2006/nov/17/travelnews>

¹⁴ Святе Письмо Старого та Нового Завіту. Видавництво отців Василіан «Місіонер», 2005.

¹⁵ Bergreen L. *Marco Polo: from Venice to Xanadu*, Vintage; Reprint edition (October 21, 2008). P. 341.

¹⁶ Tomlins Th.E., Raithby J. (1811). *Safe Conducts Act 1414 [2 Hen. V. - A.D. 1414 Statute I, Chapter VI]*. Internet Archive. *The Statutes at Large, of England and of Great Britain: from Magna Carta to the Union of the Kingdoms of Great Britain and Ireland*. II. London, Great Britain: George Eyre and Andrew Strahan. P. 320–326.

¹⁷ Benedictus L. A brief history of the passport: From a royal letter to a microchip. *The Guardian*, Friday 17 November 2006. URL: <http://www.theguardian.com/travel/2006/nov/17/travelnews>

¹⁸ Torpey J.C. «Le contrôle des passeports et la liberté de circulation. Le cas de l'Allemagne au XIXe siècle», *Genèses*, 1998, n° 1. P. 53–76.

¹⁹ Гарфорд Т. Речі, що змінили світ. Історія економіки в 50 винаходах / пер. з англ. Р. Скакун. Київ: Наш формат, 2018. С. 47–51; Tim Harford. Do passports restrict economic growth? *BBC News*, 3 July 2017. URL: <https://www.bbc.com/news/business-40188997>

²⁰ Weil P., *Citizenship, Passports, and the Legal Identity of Americans: Edward Snowden and Others Have a Case in the Courts*, 123 *Yale Law Journal Forum* 565 (2014). URL: <http://yalelawjournal.org/forum/citizenship-passports-and-the-legal-identity-of-americans>

²¹ Джонсон Б. Омріяний Рим. / пер. з англ. Б. Превіра. Харків: Віват, 2020. С. 56–57.

²² Torpey J.C. *The invention of the passport: surveillance, citizenship, and the state*. Cambridge University Press, 2000. P. 127–129.

²³ League of Nations, *Arrangement with respect to the issue of certificates of identity to Russian Refugees*, 5 July 1922, League of Nations, Treaty Series Vol. XIII No. 355, available at: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html> [accessed 28 July 2020].

* Детальніше дивитися тут: URL: <https://www.passportindex.org/>

** Детальніше дивитися тут: URL: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/12/adresse-aux-francais>

- ²⁴ League of Nations, Arrangement Relating to the Issue of Identify Certificates to Russian and Armenian Refugees, 12 May 1926, League of Nations, Treaty Series Vol. LXXXIX, No. 2004, available at. URL: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b5802.html> [accessed 28 July 2020].
- ²⁵ League of Nations. A. 48.1927 VIII.
- ²⁶ Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року) :збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000) / упоряд.: В. Андриєнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.
- ²⁷ Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).
- ²⁸ ЦДАВО України. Ф. 3793. Оп. 1. Спр. 187. Арк. 5.
- ²⁹ Софінська І. Філософсько-правова візія доктрини громадянства: монографія. Львів: Каменяр, 2018. 346 с.
- ³⁰ Загороднюк Т. Запровадження паспортів для біженців у Чехословацькій Республіці (20–30-і рр. XX ст.). *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Історія*. 2015. № 4(127). С. 13–16.
- ³¹ Fridtjof Nansen and the Greek Refugee Crisis 1922–1924 by Harry J. Psomiades. Pella Pub Co: 2011. P. 287–346.
- ³² Shachar A. The Shifting Border of Immigration Regulation. *Michigan Journal of International Law*, 2009. Volume 30, Issue 3. P. 809–839.
- ³³ *Urtetiqui v. D’Arcy*, 34 U.S. 692, 699 (1835). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/34/692/>
- ³⁴ Pogonyi Sz. The passport as means of identity management: making and unmaking ethnic boundaries through citizenship, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019, Volume 45, Issue 6. P. 975–993.
- ³⁵ Софінська І. Світоглядне ядро громадянства: від традиційних до емансипативних цінностей. *Право України: юридичний журнал*. 2019. № 5. С. 138–150.
- ³⁶ Džankić J. *The Global Market for Investor Citizenship*. Palgrave Macmillan: 2019. Politics of Citizenship and Migration Serie. 225 p.
- ³⁷ Reding V. Citizenship must not be up for sale. Speech/14/18 on Plenary Session debate of the European Parliament on «EU citizenship for sale», Strasbourg, 15 January 2014. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-18_en.htm. (P. 3–4). (дата звернення: 07.07.2020).
- ³⁸ Sofinska I. Money-based Citizenship Acquisition vs. Country Belonging Worldwide. *IANUS: Diritto e Finanza, Rivista di studi giuridici*, n. 19 - giugno 2019. P. 235–250.
- ³⁹ Yossi Harpaz. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton University Press: 2019. Princeton Studies in Global and Comparative Series. Sociology, 216 p.
- ⁴⁰ Capassakis E. Passport Revocations or Denials on the Ground of National Security and Foreign Policy. *Fordham Law Review*, Volume 49, Issue 6, 1981. P. 1178–1196.
- ⁴¹ Barbulescu R. What is the name of Mariano Rajoy’s wife? A Senegalese migrant denied Spanish citizenship, *EUDO Citizenship*, April 15, 2013. URL: <https://globalcit.eu/what-is-the-name-of-mariano-rajoy-s-wife-a-senegalese-migrant-denied-spanish-citizenship/>
- ⁴² Long road to Swiss citizenship by Imogen Foulkes. *BBC News*, 20 September, 2004. URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3673736.stm>
- ⁴³ American professor denied Swiss citizenship, *SWI*, October 23, 2014. URL: https://www.swissinfo.ch/eng/naturalisation-controversy_american-professor-denied-swiss-citizenship/41075124
- ⁴⁴ Man is denied Swiss citizenship after living in the country for 30 years because he did not know bears and wolves shared an enclosure at his local zoo by Ryan Fahey for *Daily Mail*, 28 January 2020. URL: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-7937977/Man-denied-Swiss-citizenship-not-knowing-animals-sharing-enclosure-local-zoo.html>
- ⁴⁵ Surévaluation d’un des critères d’intégration : recours du candidat à la naturalisation admis, *Communiqué de presse du Tribunal fédéral*, 20.01.2020. URL: https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/fr/archive/1D_1_2019_2020_01_27_T_f_15_28_02.pdf
- ⁴⁶ Swiss citizenship refused for wearing the wrong clothes, 09/06/2016 by *Le News*. URL: <https://lenews.ch/2016/06/09/swiss-citizenship-refused-for-wearing-the-wrong-clothes/>
- ⁴⁷ Swiss deny citizenship to Muslim girls who balked at swimming with boys by Helena Bachmann *Special for USA Today*, 28 June 2016. URL: <https://www.usatoday.com/story/news/world/2016/06/28/swiss-deny-citizenship-muslim-girls-who-balked-swimming-boys/86469658/>
- ⁴⁸ Can one be refused a Swiss passport for being too Swiss? *SWI*, January 11, 2017. URL: https://www.swissinfo.ch/eng/direct-democracy/naturalisation-controversy_can-one-be-refused-a-swiss-passport-for-being-too-swiss/42827836
- ⁴⁹ No handshake. No Swiss passport. 22/08/2018 by *Le News*. URL: <https://lenews.ch/2018/08/22/no-handshake-no-swiss-passport/>
- ⁵⁰ Софінська І. Філософсько-правова візія доктрини громадянства: монографія. Львів: Каменяр, 2018. 346 с.
- ⁵¹ Isin E.F. and Turner Br.S. *Citizenship studies: An introduction*. In: Isin, Engin F. and Turner, Bryan S. eds. *Handbook of citizenship studies*. London, UK: Sage, 2002. P. 1–10.
- ⁵² Hegel G.W.F. *Philosophy of Right* / Translated by S.W. Dyde. Batoche Books & Kitchener, 2001. 281 p. (P. 200, 203).
- ⁵³ Гарфорд Т. Речі, що змінили світ. Історія економіки в 50 винаходах / пер. з англ. Р. Скакун. Київ: Наш формат, 2018. С. 47–51.

Резюме

Софінська І.Д. Паспорт: глобальні виклики – локальні рішення.

У цій статті йдеться про виникнення та траєкторію розвитку паспорта, його поліаспектність у сучасному житті. По-перше, паспорт – це стандартизований письмовий візуалізований антропометричний персоналізований доказ громадянства особи-пред’явника, однак не завжди. По-друге, паспорт є засобом ідентифікації особи-пред’явника незалежно від часу, місця та способу набуття громадянства конкретної держави (у вигляді обробки персональних даних), а також контролю за ними з боку цієї держави. І нарешті, паспорт – це паперовий документ, який наділяє особу-пред’явника правами, обов’язками та привілеями, гарантує свободу пересування (безлімітний і безстроковий в’їзд у державу громадянства та виїзд з неї) та імунітет (від екстрадиції).

Ключові слова: паспорт, громадянство, паспорт Нансена, біженці, особи без громадянства, подвійне громадянство, космополіти.

Резюме

Софинская И.Д. Паспорт: глобальные вызовы – локальные решения.

В этой статье говорится о возникновении и траекторию развития паспорта, его полиаспектность в современной жизни. Во-первых, паспорт – это стандартизированный письменный визуализированный антропометрический персонализированный доказательство гражданства лица-предъявителя, однако не всегда. Во-вторых, паспорт является средством идентификации лица-предъявителя независимо от времени, места и способа приобретения гражданства конкретного государства (в виде обработки персональных данных), а также контроля за ними со стороны этого государства. И наконец, паспорт – это бумажный документ, который наделяет человека-предъявителя правами, обязанностями и привилегиями, гарантирует свободу передвижения (безлимитный и бессрочный въезд в государство гражданства и выезд из него) и иммунитет (от экстрадиции).

Ключевые слова: паспорт, гражданство, паспорт Нансена, беженцы, лица без гражданства, двойное гражданство, космополиты.

Summary

Iryna Sofinska. Passport: global challenges – local solutions.

This article deals with the origin and trajectory of the passport, its multifaceted nature in modern life. Firstly, a passport is a standardized and written, visualized, and anthropometric, personalized proof of citizenship of its bearer, but not always. Secondly, it is a proof of identification, regardless of the time, place, and mode of acquisition of citizenship of a particular state (in the form of personal data processing) and control over them by that state. Finally, it is a paper document (actually machine-readable) that gives its bearer rights, responsibilities, and privileges guarantee his/her freedom of movement (unlimited and indefinite entry into and exit from the state of citizenship) and immunity (from extradition and expulsion).

In the time of globalization and omnipresent migration, there is a myriad of modern researches worldwide related to passport, citizenship, person identification, etc. Up to my mind, we can shortlist such authors as Atossa Araxia Abrahamian (cosmopolites and global citizen), Leo Benedictus (history of the passport), Claire Benoit (the passport in the context of citizenship), Evelyn Capassakis (passport revocations or denials), Jelena Džankić (the global market for investor citizenship), Yossi Harpaz (dual nationality as a worldwide asset), Martin Lloyd and Craig Robertson (the history of the passport), Mark B Salter (the passport in international relations), Ayelet Shachar (the shifting border of immigration regulation), Peter J Spiro (the past and future of dual citizenship), John C Torpey (the invention of the passport), James Tully (on global citizenship), Patrick Weil (citizenship, passports, and the legal identity of persons).

In modern days this most traveled document in the world is a perfect political and legal instrument used by the particular state to identify its citizens, keep them in the borders, and not let them enjoy the freedom of movement extra territory. In this article, I trace the history of the passport within the law, international relations, and globalization. A separate piece of information is related to its evolution during centuries. It is interesting how passports and their carriers (citizens of a particular state) are handled at international borders? And what are the fundamental functions of the passport in global mobility?

In 2020 not only states globally in terms of preservation of national security and identity but also health stop (at least hamper) migration. “This virus (COVID-19) does not have a passport”, declared French President Emmanuel Macron on 12 March 2020 in a primary television address to the French people. Non-essential travel when you possess not enough worthy passport stops you beyond the borders of the European Union. You are not allowed to enter unless you acquire dual nationality and obtain a second alternative passport.

Key words: passport, citizenship, Nansen passport, refugees, stateless persons, bipatriism, cosmopolites.

О.М. ШПАКОВИЧ, С.М. ПЕНЬКОВСЬКА

*Ольга Миколаївна Шпакович, доктор юридичних наук, професор, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0002-1080-4817

*Софія Максимівна Пеньковська, студентка III курсу Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка***

ORCID: 0000-0001-8558-9018

СПІВВІДНОШЕННЯ СУВЕРЕНІТЕТУ ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ І НАДНАЦІОНАЛЬНОСТІ МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ

Постановка проблеми. Питання співвідношення суверенітету держав-членів та явища наднаціональності міжнародних організацій у доктрині часто аналізується з підходом, націленим на те, щоб визначити одне превалююче явище із двох. Водночас такий підхід здебільшого не дає відповіді на багато запитань на практиці функціонування міжнародних організацій, оскільки є доволі обмежено взаємовиключним. Тих же відповідей не дають абсолютно різні підходи до розуміння сутності наднаціональності з упушенням зв'язку цієї сутності із державним суверенітетом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правове явище наднаціональності тривалий час досліджується доктриною. Зокрема, різні підходи до аналізу теоретичної основи (здебільшого приділяючи увагу дефініції, сутності та ознакам наднаціональності) висловлюють такі зарубіжні вчені, як Вейлер¹, Коген² та вітчизняні науковці, зокрема, В. Василенко, В. Муравйов, М. Микієвич, О. Мещерякова, О. Шпакович, Г. Тункін, О. Шибасєва та інші.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб по-новому дослідити явище наднаціональності міжнародних організацій, її сутність та риси (властивості), зокрема, довести, що немає необхідності аналізувати превалювання чи наднаціональності, чи державного суверенітету, оскільки, наднаціональність як проявом явище є проявом реалізації державного суверенітету.

Виклад основного матеріалу та результати дослідження. Насамперед, на переконання авторів, доцільно сформулювати тезу, яка буде доводитися в дослідженні: наднаціональність міжнародних організацій як правове явище (незважаючи на те, який із різних підходів учених застосовується до її аналізу) *є проявом реалізації державного суверенітету суверенними державами-членами міжнародної організації*. При цьому реалізація державного суверенітету щодо наднаціональності є первинним, а сама наднаціональність у цьому випадку – похідною від прояву реалізації суверенітету державами-членами. Важливий аспект, на який слід звернути увагу – це те, що такий прояв є вигіднішим та ефективнішим для держави порівняно з усіма іншими можливими проявами державного суверенітету для забезпечення такого результату.

Доведення теоретичних положень. Насамперед, аби довести, що наднаціональність як правове явище є проявом державного суверенітету державами-членами, варто почати з визначення прояву реалізації суверенітету та його сутності, а потім аналогічно розглянути наднаціональність, оскільки доводити тотожність явищ можливо лише після дослідження обох. Очевидним є те, що підходів до визначення суверенітету та, зокрема, проявів суверенітету, як і самих дефініцій, є значна кількість. Так, суверенітет як правова категорія став об'єктом дослідження таких учених, як В.А. Василенко, Є.А. Шибасєва, В.С. Шевцов, Г.І. Тункін та ін.

Однак **метою** цього дослідження не є безпосередній аналіз дефініції суверенітету та його сутності, оскільки робоче визначення поняття «суверенітет» є просто кроком, який дасть змогу здійснювати подальше дослідження *сутності наднаціональності*. Узагальнюючи наявні дефініції суверенітету держави, можна визначити його як *властивість влади, яка визначає верховенство та незалежність у внутрішньому житті держави та зовнішній політиці*. Водночас інші вчені, зокрема І. Левін, обмежуються лише означенням сутності суверенітету держави, вказуючи, що це *«верховенство державної влади і незалежність»*³. На наш погляд, виокремлення саме цих ознак, які характеризують сутність поняття «суверенітет держави» саме по собі доволі слушне, оскільки посилює розуміння того, що таке суверенітет.

© О.М. Шпакович, С.М. Пеньковська, 2020

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

** *Sofia Penkovska, 3-rd year student of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Переходячи до визначення дефініції «**прояв реалізації суверенітету**», стає зрозумілим, що усталеного визначення цього поняття наразі не існує. Проте деякі праці вчених, спрямовані на дослідження сутності суверенітету, доволі часто вказують безпосередньо на здійснення суверенітету, таким чином розглядаючи цю категорію не у статичному вимірі, а наголошуючи на реалізації як дії. Із цього приводу можна виокремити визначення Л. Чекаленко, яка наголошує саме на здатності держави у межах влади, якою вона володіє, «чинити ті чи інші дії»⁴.

Надалі необхідно дослідити **наднаціональність** як правове явище, проаналізувати та довести відповідність цього правового явища сформованому визначенню прояву реалізації суверенітету. З метою цього аналіз наднаціональності повинен бути всебічним. На наш погляд, необхідно виокремити такі аспекти: 1) *аналіз дефініції та сутності*; 2) *аналіз ознак*.

По-перше, наднаціональність розглядають як **властивість** інтеграції (об'єднання) держав. Серед зарубіжних учених аналогічної точки зору дотримується Коген, зокрема, вказуючи, що *suprenationality* слід визначати як властивість міжнародних організацій, яка зумовлюється тим, що держави-члени наділяють міжнародну організацію особливими наднаціональними (наддержавними) повноваженнями⁵. Такої ж думки дотримується багато вітчизняних учених, зокрема, відповідно до якої окремі суверенні права передаються країнами певному наднаціональному органу міжнародної організації, причому такий процес є незворотним та поступово не залежить від волі окремих держав⁶. У свою чергу, М. Бірюков вказує, що під поняттям «наднаціональність» мається на увазі властивість міжнародних організацій, яка зумовлена їхніми цілями, функціями та повноваженнями, переданими їм державами-членами⁷.

Якщо говорити про розгляд наднаціональності як правового **явища обмеження держави**, то такий підхід також є поширеним. Зокрема, О. Фещенко вважає, що наднаціональність варто визначити як сукупність повноважень (юридично закріплених або інших), котрими держави наділяють певний міжнародний орган задля цілеспрямованого регулювання їхніх взаємовідносин, до того ж ці повноваження мають пріоритетний характер стосовно відповідної компетенції держав-членів, включаючи можливість ухвалення обов'язкових для них рішень⁸. Такого ж підходу дотримується Дж. Вейлер, який не просто визначає наднаціональність як «самообмеження держави заради цінностей, які вкорінені в цінностях політики спільноти», а також розвиває цю теорію і називає самообмеження «новою дисципліною держав»⁹.

Подібним у рамках цього підходу є підхід до розгляду наднаціональності, відповідно до якого вважається, що держава наділяє повноваженнями міжнародну організацію. Зокрема, В. Муравйов зазначає, що «держави можуть наділяти міжнародну організацію наднаціональними повноваженнями, суть яких зводиться до прийняття постанов, що є обов'язковими для її членів»¹⁰.

По-третє, наднаціональність розглядають як **правовий режим** і видається несправедливим, на нашу думку, залишити поза увагою такий своєрідний та цікавий, хоч і доволі обмежений за обсягом охоплення підхід, які б доречніше було назвати «локальними». Так, доволі своєрідним є підхід Б. Когена, який у роботі «*Supranationality. In: Organizing the World's Money*» зробив доволі інноваційне дослідження природи Світового Банку, який визначає *suprenationality* як «правовий режим, який ґрунтується на колективному дотриманні рішень автономної (самостійної) міжнародної організації»¹¹.

Якщо ж у такому випадку розглядати це наділення державами міжнародної організації повноваженнями як загалом, так і в тих варіаціях різних вчених, які були представлені, то ключова сутність цього наділення зводиться до того, що держава свідомо приймає рішення про те, що необхідно наділити певними повноваженнями міжнародну організацію (з різних причин: нестачі ресурсів, професійності, кадрів, тощо для здійснення цих повноважень, необхідність «розвантаження» національних органів від реалізації значної кількості повноважень і т.д.) і реалізує це рішення. Водночас, на нашу думку, видається доцільним наголосити саме на «свідомому ухваленні рішення». Державу не примушують набувати членства у міжнародній організації (або ж засновувати міжнародну організацію) та, відповідно, наділяти цю міжнародну організацію частиною повноважень, які до того були виключно державними.

Звичайно, дослідження дефініції наднаціональності міжнародних організацій, на наше переконання, не може здійснюватися без аналізу **властивостей (характеристик) наднаціональності**, що, зокрема, дадуть змогу краще розкрити сутність наднаціональності.

У цьому плані не виділяють єдиної класифікації ознак наднаціональності, як і єдиного підходу до формування цих ознак. Деякі вчені, зокрема, І. Кунц, визначальною рисою наднаціональності називають передачу державами-членами частини своїх суверенних повноважень міжнародній організації та наділення цієї організації компетенцією з її реалізації. Представники французької доктрини П. Петер та І. Комбако ключовою рисою називають прийняття рішень міжнародної організації саме органом міжнародної організації, а не національними органами держав¹².

Водночас у доктрині виокремлюють й інші властивості наднаціональності. Зокрема, відповідно до поглядів О.Ю. Потьомкіної слід звернути увагу на виокремлені багатьма вченими нормативні ознаки наднаціональності, що полягають у таких положеннях: 1) правові норми, які ухвалюються інститутами міжнародної організації, наділяються верховенством, тобто вищою юридичною силою стосовно національного права держав-членів; 2) юридичні акти міжнародної організації мають безпосередню, пряму дію в національних правових системах та є обов'язковими не лише для держав-членів і їх органів, а й для фізичних та юридичних осіб, які перебувають під їх юрисдикцією¹³.

У свою чергу, К. Фон виокремлює риси наднаціональної організації, зосереджуючись при цьому не на рисах міжнародної організації, а на рисах саме наднаціональності як явища: 1) формування інституцій організації на основі залучення міжнародних чиновників, котрі не мають імперативних мандатів своїх урядів; 2) прийняття рішень у рамках інституцій більшістю голосів¹⁴.

Таким чином, риси наднаціональності як правового явища також цілком відображають те, що наднаціональність є проявом державного суверенітету. Отже, і поняття наднаціональності, і її характеристики та, відповідно, її сутність, сформульовані наразі доктриною, **відповідають сутності прояву суверенітету. Тому було здійснено аналіз та доведено теоретичну частину того, що наднаціональність є проявом державного суверенітету.**

Доведення практичної частини. Доведення практичної частини, тобто того, що наднаціональність і у практиці функціонування міжнародних організацій виявляє себе як прояв реалізації державного суверенітету, повинне бути всебічним, а тому, вважаємо, що саме на прикладі Європейського Союзу (далі – ЄС) можна більш яскраво і чітко показати прояв та співвідношення наднаціональності ЄС з суверенітетом держав-членів.

Отже, звернемося до визначених до функцій, завдань та цілей ЄС.

Зрозуміло, що питання завдань та цілей ЄС є доволі широким, проте, щоб певним чином узагальнити їх та зважаючи на обсяг цього дослідження, вважаємо за доцільне скористатися основоположними цілями Співтовариства зі ст. 2 Римського договору 1957 р.¹⁵: створення спільного ринку, економічного та валютного союзу, а також у здійсненні політики та діяльності сприяти повсюдно в Співтоваристві гармонійному й збалансованому розвитку економічної діяльності, сталого і безінфляційного зростання, зберігати навколишнє середовище, прагнути до досягнення високого ступеня конвергенції економічних показників, високого рівня зайнятості й соціального захисту, підвищення життєвого рівня та якості життя, економічного та соціального згуртування і солідарності держав-членів.

Надалі, на нашу думку, вагоме розширення відбулося в рамках ст. 2 Маастрихтського договору (1992 р.), в якій визначено, що Союз мав на меті сприяти економічному та соціальному прогресу і високому рівню зайнятості і досягти збалансованого та сталого розвитку, зокрема шляхом створення простору без кордонів, шляхом економічного та соціального згуртування та створення економічного і валютного союзу, що включає в кінцевому підсумку введення єдиної валюти згідно з положеннями Договору; сприяти утвердженню його самостійної ролі на міжнародній арені, особливо шляхом здійснення загальної зовнішньої політики і політики безпеки, включаючи поступове формування спільної оборонної політики, яка могла б привести до спільної оборони; посилити захист прав та інтересів громадян держав-членів шляхом запровадження громадянства Союзу тощо¹⁶.

Якщо ж говорити про нормативно-правові акти, які ухвалює Європейський Союз, та їхній вплив на внутрішні правопорядки держав, то в цьому аспекті вважаємо за потрібне наголосити, що акти ЄС мають різну юридичну силу, у зв'язку з чим велику роль відіграє форма актів. Так, відповідно до ст. 288 ДФЄС для здійснення своєї компетенції інститути Союзу приймають регламенти, директиви, рішення, рекомендації та висновки. Регламенти мають загальне та пряме (тобто не потребують імплементації у національне законодавство) застосування в усіх державах-членах і є обов'язковими в усіх своїх елементах, регулюючи відносини у таких сферах, як недискримінація і громадянство Союзу, правила конкуренції, здійснення економічної, сільськогосподарської, транспортної, митної, торгівельної політики тощо.

По-перше, всі види вказаних актів регулюють відносини у сферах, які чітко визначені установчими договорами Союзу, іншими словами, Союз у рамках своєї компетенції не може видати, наприклад, регламенту, який би регулював відносини у сфері іншій, аніж тих, які визначені для цього установчими договорами (саме в такому випадку можна було б стверджувати про те, що наднаціональність ЄС в аспекті нормативно-правових актів є первинною щодо суверенітету держав та його прояву). Такі сфери передбачені і чітко виокремлені для кожного виду актів ЄС, а тому і про винятки йтися не може. Тому вважаємо, що первинним у цьому випадку був реалізований державам-членами прояв суверенітету, який виразився в тому, що держави встановили (а ті держави, які набули членства у ЄС на пізніших етапах – прийняли та ратифікували) ті сфери, відносини в яких вони вважають за необхідне, щоб регулювалися саме актами ЄС.

По-друге, окрім того, що держави-члени чітко передбачали ці сфери, держави-члени також доволі доречно здійснили вже виокремлену класифікацію цих актів, а класифікація, вважаємо, відіграє в цьому випадку неабияку роль, оскільки не просто відокремлені акти, а відокремлені і види актів, які повинні регулювати певні відносини, що створює умови для максимальної прозорості та зрозумілості нормотворчого процесу в ЄС, а такі критерії, як прозорість і зрозумілість, у свою чергу, забезпечують, зокрема, неможливість виходу за рамки наданих повноважень. В іншому випадку, тобто якби не було чіткої класифікації, виникла б значна ймовірність того, що різні акти регулювали б різні сфери, і їхня юридична сила б не була цілком визначеною, а це б уже свідчило про первинну наднаціональність таких актів. Натомість держави-члени Союзу створили дуже чіткий механізм уникнення цього, усвідомлюючи пріоритетність та первинність прояву суверенітету. Таким чином, наднаціональний характер актів ЄС досить чітко відображає саме прояв реалізації державного суверенітету держав-членів, при цьому від такого прояву держави **отримують гармонізоване та чітке регулювання необхідних сфер.**

Висновки. Щодо результатів дослідження, то, на переконання авторів, найдоцільніше виділити дві частини – теоретичні та практичні результати дослідження.

Щодо теоретичних результатів, то слід виділити такі. По-перше, було доведено, що незважаючи на різні підходи вчених до розуміння наднаціональності, дефініції цього поняття та виокремлення його рис (властивостей), у кожному з випадків наднаціональність є прямом реалізації державного суверенітету. При цьому реалізація державного суверенітету щодо такої властивості міжнародних організацій, як наднаціональність є первинною, а сама наднаціональність у цьому випадку – похідною. До того ж явище наднаціональності міжнародних організацій через те, що воно похідне, є обмеженим, оскільки наднаціональність виникає через реалізацію державами суверенітету і, відповідно, є обмежена тим обсягом державного суверенітету, який реалізується державами. Саме тому при аналізі співвідношення наднаціональності міжнародних організацій та державного суверенітету не можна розглядати пріоритетність одного із двох, оскільки, наднаціональність і є за своєю суттю проявом державного суверенітету.

¹ Weiler, Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision. (1995) 3. *European Law Journal*. P. 219–258. P. 248.

² Cohen B.J. *Supranationality*. In: *Organizing the World's Money*. Palgrave Macmillan, London, 1977.

³ Левин И.Д. Суверенитет. 2-е изд. Санкт-Петербург, 2003. С. 21.

⁴ Чекаленко Л. Міжнародні організації і суверенітет держави. *Стратегічна панорама*, 2005, С. 56.

⁵ Cohen B.J. *Supranationality*. In: *Organizing the World's Money*. Palgrave Macmillan, London, 1977.

⁶ Шпакович О. Наднаціональність у праві Європейського Союзу. *Європейське право*. 2012. № 1. С. 78; Водяніков О. Наднаціональність у праві Європейського Союзу: Goetterdammerung Європи чи переосмислення права? *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2001. № 3. С. 162–170.

⁷ Бирюков М.М. Современное развитие Европейского Союза: международно-правовой поход: дисс. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.10. Москва, 2004. 334 с.

⁸ Фещенко А.С. Явление наднациональности в деятельности международных организаций. *Советский Ежегодник международного права*. Москва: Наука, 1987. С. 160–163.

⁹ Weiler, Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision. (1995) 3. *European Law Journal*. P. 219–258. P. 248.

¹⁰ Муравйов В.І. Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика). Київ: Академ-Прес, 2002. 425 с.

¹¹ Cohen B.J. *Supranationality*. In: *Organizing the World's Money*. Palgrave Macmillan, London, 1977.

¹² Мещерякова О.М. Наднациональность в праве Европейского союза и проблема суверенитета: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2010.

¹³ Потемкина О.Ю. Наднациональный и межправительственный методы интеграции в пространстве свободы, безопасности и правосудия Европейского Союза : дисс. ... д. полит. н.: 23.00.04. Москва, 2013.

¹⁴ Мещерякова О.М. Наднациональность в праве Европейского союза и проблема суверенитета: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2010.

¹⁵ Договір про заснування Європейської Спільноти (Договір про заснування Європейського економічного співтовариства) (консолідована версія станом на 1 січня 2005 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017#Text

¹⁶ Договір про Європейський Союз від 7 лютого 1992 р. (зі змінами і доповненнями від 13 грудня 2007 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029#Text

Резюме

Шпакович О.М., Пеньковська С.М. Співвідношення суверенітету держав-членів та наднаціональності міжнародних організацій.

У статті представлено результат теоретичного та практичного дослідження співвідношення державного суверенітету та наднаціональності міжнародних організацій. Зокрема, визначено, що явище наднаціональності міжнародних організацій є похідним від державного суверенітету та виступає його зовнішнім проявом. Доведено, що з огляду на це наднаціональність є обмеженою, оскільки вона виникає через реалізацію державами суверенітету і, відповідно, є обмежена тим обсягом державного суверенітету, який реалізується державами. Відповідний механізм також досліджений на прикладі функціонування Європейського Союзу.

Ключові слова: державний суверенітет, прояв державного суверенітету, наднаціональність міжнародних організацій, компетенція, Європейський Союз, наднаціональний характер.

Резюме

Шпакович О.Н., Пеньковская С.М. Соотношение суверенитета государств-членов и наднациональности международных организаций.

В статье представлен результат теоретического и практического исследования соотношения государственного суверенитета и наднациональности международных организаций. В частности, определено, что явление наднациональности международных организаций является производным от государственного суверенитета и выступает его внешним проявлением. Доказано, что в связи с этим наднациональность ограничена, поскольку она возникает из-за реализации государствами суверенитета и, соответственно, ограничена тем объемом государственного суверенитета, который реализуется государствами. Соответствующий механизм также исследован на примере функционирования Европейского Союза.

Ключевые слова: государственный суверенитет, проявление государственного суверенитета, наднациональность международных организаций, компетенция, Европейский Союз, наднациональный характер.

Summary

Olga Shpakovych, Sofia Penkovska. The relationship between the sovereignty of member states and the supranationality of international organizations.

The article presents the result of theoretical and practical study of the relationship between state sovereignty and supranationality of international organizations. In particular, it is determined that the phenomenon of supranationality of international organizations is derived from state sovereignty and acts as its external law. It has been shown that, in view of this, supranationality is limited because it arises through the exercise of sovereignty by states, and, accordingly, is limited by the amount of state sovereignty exercised by states. The relevant mechanism has also been studied on the example of the functioning of the European Union.

Regarding the theoretical results, the following should be noted. First, it was proved that despite the different approaches of scholars to the understanding of supranationality, definitions of this concept and the separation of its features (properties), in each case, supranationality is a direct realization of state sovereignty. At the same time, the realization of state sovereignty in relation to such properties of international organizations as supranational is primary, and supranationality in this case is derivative. In addition, the phenomenon of supranationality of international organizations due to the fact that it is derived is limited, because supranationality arises through the exercise of sovereignty by states, and, accordingly, is limited by the amount of state sovereignty exercised by states. That is why when analyzing the relationship between the supranationality of international organizations and state sovereignty, one cannot consider the priority of one of the two, because supranationality is in essence a manifestation of state sovereignty.

Regarding the practical results, the author considers it appropriate to emphasize that both the regional international organization – the EU was studied, and, at the same time, it was proved that all theoretical provisions were reflected in practice, in particular, envisaged functions, goals and the tasks of the studied international organizations are limited in scope by the manifestation of sovereignty shown by states, similar to the regulations issued by organizations. Another indication that the state can exercise its sovereignty in any case is that there is an effective and transparent procedure for leaving these organizations.

Key words: state sovereignty, manifestation of state sovereignty, supranationality of international organizations, competence, European Union, the supranational nature.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.64

УДК 349.3

М.М. ШУМИЛО

*Михайло Миколайович Шумило, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник керівника департаменту Верховного Суду – начальник правового управління Касаційного цивільного суду, професор Київського національного торговельно-економічного університету**

ORCID: 0000-0003-4257-3002

СОЦІАЛЬНА ДОКТРИНА КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ ЯК ПЕРШООСНОВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ В ЄВРОПІ

Постановка проблеми. Наука права соціального захисту значною мірою і досі перебуває у полоні формально-юридичного підходу в дослідженні таких станів людини, як: бідність, старість, немічність, малозабезпеченість, безробіття тощо. Це й зрозуміло, оскільки з моменту виникнення цієї галузі права соціального захисту досліджувались саме нормативно-правові акти без з'ясування передумов їх виникнення. Очевидно, що застосування такого обмеженого наукового інструментарію не дає відповіді на засадничі питання теорії соціального захисту, а саме про принципи та цінності цієї галузі, їх витоки. Саме тому необхідно з'ясувати передумови виникнення соціальних прав, їх розвиток та вплив Апостольської канцелярії (сьогодні – Державного секретаріату Ватикану) на ці процеси.

Аналіз останніх досліджень и публікацій. Як наголошувалося вище, для науки права соціального забезпечення це новий та малодосліджений напрям наукового пошуку, проте серед українських вчених, які тією чи тією мірою вивчають норми канонічного права та їх співвідношення із правом публічним (державним), можна виокремити таких, як: Д. Вовок, Г. Єрмакова, Д. Лук'янов, М. Отрош, М. Палій, Ю. Піх, С. Рабінювич та ін. Тому можна вважати, що це одне із перших досліджень у сфері соціального захисту.

Формулювання мети статті. Історія виникнення та розвитку права соціального захисту є невід'ємною частиною галузі, що дає можливість сформулювати відповідну мету, яка полягає у систематизації та комплексному аналізі базових актів (енциклік Папи Римського) Святого Престолу у сфері соціального захисту, а також формулювання дефініції поняття «соціальна доктрина католицької церкви» (далі – С.д.к.ц.).

© М.М. Шумило, 2020

* *Mykhailo Shumylo, Dr. hab. in Law, Senior Researcher, Deputy Head, Department of Analytical and Legal Work of the Supreme Court, Chief of the Department of Legal Work of the Civil Court of Cassation (Ukraine), professor of Kyiv National University of Trade and Economics*

Виклад основного матеріалу. Опікуватися нужденними завжди було прерогативою церкви, і тільки наприкінці XIX ст. спостерігаємо набуття державою ознак соціальності, коли сфера опіки над своїми громадянами перестає бути справою Божою чи церковною. Основні принципи права соціального забезпечення нескладно віднайти в християнстві. Очевидно, що навіть перші нормативні акти у цій сфері своїм підґрунтям спиралась не тільки на християнські цінності, а й на правові акти католицької церкви – енцикліки (за юридичною силою в ієрархії правових актів посідають друге місце після апостольських конституцій), які видавав Святий Престол. Таким чином виникає об'єктивна необхідність доповнити новочасну теорію права соціального захисту міждисциплінарними студіями з канонічного права.

Швейцарський теолог, автор праць із соціального вчення Римо-католицької церкви професор Патрік де Лоб'є (*Patrick De Laubier*)¹ виділяє три етапи становленню С.д.к.ц.:

1. Пастирський етап приблизно відповідає епосі отців Церкви і перших Вселенських соборів. З IV ст. по VII ст. налічує близько сорока грецьких та латинських отців. Не усі вони зверталися саме до соціальних питань, але всі вони дійшли згоди виходячи з євангельських принципів: одягти голих, нагодувати голодних, працювати і ділитися.

2. Другий етап був науковим, що цілком зберіг при цьому свій пастирський характер. Він пов'язаний з появою схоластики, точніше – схоластик, які мали свої авторів – у XIII ст. це: Альберт Великий, Бонавентура, Дунс Скот і Тома Аквінський; та схоластиком XVI ст., Саламанка, Віторія і Суарес. Між першою і другою схоластиком слід згадати Антоніна Флорентійського (XV ст.), першого богослова економіки і предтечі сучасної політекономії. Саме в цей період схоластами сформульовано кілька базових ідей, що пов'язані з персоналізмом: «тільки особистість є важливою сама по собі, всі соціальні інститути їй підкорені», «сім'я, через близькість до особистості, знаходиться в центрі громадянського суспільства, яке повинне їй служити», «для добродесного, чеснотливого життя необхідний певний мінімум достатку», «матеріальні блага призначені для всіх».

3. Третій етап, синтетичний, почався з появою вчень пап. Воно доповнює пастирське вчення отців і наукові теорії схоластики досягненнями гуманітарних наук, що розвивалися з XVIII ст. Цей етап почався з енцикліки «*Rerum novarum*». Лев XIII заклав основи християнської соціальної доктрини, що йде від св. Томи. Пій XI, Пій XII, Іоанн XXIII, Павло VI і Іоанн-Павло II внесли істотний вклад у розвиток соціальної доктрини, про що свідчить значна кількість документів. Цей третій шлях між лібералізмом і соціалізмом, а радше духовна орієнтація (*orientation ideale*) (вираз із енцикліки «*Sollicitudo rei socialis*» (1989 р.). С.д.к.ц. не пропонує будь-якої програми дій чи понад те методички, вона налаштовує на конкретний ідеал, який може бути сприйнятий розумом, що підкріплюється Об'явленням Іоанна Богослова. Принципи С.д.к.ц. залишаються незмінними, проте їх застосування може варіюватися.

У контексті права соціального захисту значне місце посідає саме третій етап, оскільки саме тоді у формі правових актів були сформовані базові принципи С.д.к.ц., які пізніше знайшли своє відображення у соціальному законодавстві Європи. Крім цього, звернення до соціальних тем свідчить і про надзвичайну актуальність їх у тогочасному суспільстві та наявність соціальної напруги, яка, зокрема, стала рушійною силою для соціальних реформ у Європі. Йдеться про те, що однією з причин проведення соціальної реформи в Німецькій імперії канцлером Бісмарком, як зазначалось уже автором цієї розвідки, було недопущення соціального невдоволення («соціалістичного руху»). Саме О. Бісмарк увів систему загальнообов'язкового соціального страхування для працівників промисловості, яка охоплювала забезпечення у зв'язку з хворобою. Це – закони про: медичне страхування (1883 р.); страхування від нещасних випадків на виробництві (1884 р.); пенсійне страхування за віком та у зв'язку із втратою працездатності (1889 р.)². Проте перші соціально орієнтовані закони були прийняті тільки на території цієї країни, в інших країнах Європи соціальний захист особи залишався її справою або членів її сім'ї, якщо ж таких не було, тоді допомагати починала церква з її численними притулками та лічницями. Сама атмосфера соціального напруження, посилення тиску на уряди з боку професійних спілок, страйки працівників, запровадження загального виборчого права (обирати та бути обраним), інтенсифікація урбанізації Європи, а також загроза соціального вибуху стали предтечею виникнення соціальних прав. Без сумніву, в таких умовах католицька церква мала відреагувати на усі ці процеси, і вона відреагувала цілим корпусом енциклік, якими сформульовано С.д.к.ц.

«*Rerum Novarum*». Першою соціально орієнтованою була енцикліка Папи Римського Лева XIII (1810–1903 рр.) «*Rerum Novarum*»³ від 15 травня 1891 р. Дослівно з латини перекладається як «нові явища або речі». Значний вплив на остаточний текст енцикліки зробили єпископ Майнца Вільгельм Еммануїл фон Кеттелер (*Wilhelm Emmanuel von Ketteler*) та кардинал, архієпископ Вестмінстера Генрі Едвард Меннінг (*Henry Edward Manning*). Популярність енцикліки принесла Папі Леву XIII славу «Папи робітників».

У цій енцикліці звертається увага на становище робітників (робітничого класу). Понад те, розглядаються відносини між державною владою, роботодавцями, робітниками і католицькою церквою. Вперше на офіційному рівні Папою Римським сформульовано підтримку робітників у створенні професійних спілок для захисту своїм правам, одночасно відкидаються соціалістична ідеологія і примат права на приватну власність.

Згодом деякі положення енцикліки «*Rerum Novarum*» були доповнені енцикліками Пія XI «*Quadragesimo Anno*» (1931 р.), Іоанна XXIII «*Mater et Magistra*» (1961 р.) та Іоанна Павла II «*Laborem exercens*» (1981 р.) і «*Centesimus Annus*» (1991 р.), про які йтиметься нижче.

Енцикліка «*Rerum Novarum*» складалася з 6 розділів та 44 пунктів. У мотивах енцикліки йшлося про робітниче питання. У п. 1 висловлюється, що «Гаряча спрага за новими речами, яка сколихнула від якогось часу народи, природно повинна була перейти з політичного ладу в подібний йому соціальний лад. І справді,

незвичайні поступу у ремеслі і нових методах індустрії, змінені відносини між власниками і робітниками, зосереджені багатства тільки в деяких руках і широко поширена убогість, сильно оживлене почуття своїх власних сил у робітничій верстві і тісна між ними єдність, – усе те, разом із зіпсутими звичаями, спричинило вибух конфлікту. Це стало настільки загрозливим, що створило напружену ситуацію, боязке очікування і томить воно уми вчених, збори мислителів, народні віча, праці законодавців, ради провідників, що сьогодні немає сильнішого питання, яке б цікавило світ».

Зміст енцикліки становили:

Розділ I. Соціалізм – фальшивий засіб, що включав у себе підрозділи: Розв'язка соціалізму – не для робітників; Приватна власність є природною; Приватна власність скріплена людськими і Божими законами; Свобода людини; Родина і Держава; Держава і її втручання в сім'ю; Соціалістична розв'язка є шкідлива для спільноти; Справжній засіб: Об'єднання Спілок. Дія Церкви: 1. Потреба суспільних нерівностей і пильної праці. 2. Конечність згоди. 3. Відношення між суспільними класами (справедливість, любов, справжня користь з багатств, користі убогості, християнське братерство). 4. Позитивні засоби (поширення християнської доктрини, обнова суспільства, добродійність Церкви).

Розділ II. Роль Держави: 1. Право на втручання Держави (для спільного добра, для добра робітників). 2. Норми і межі втручання. 3. Окремі випадки втручання (оборона приватної власності, охорона праці, проти страйків, умови праці, питання за робітної плати, виховання і ощадності).

Розділ III. Діяльність Спілок: 1. Конечність співпраці усіх. 2. Право на спілки є природне. 3. Католицькі конгреси. 4. Автономія і дисципліна Товариств. 5. Права і обов'язки членів Товариств. 6. Робітничі питання, вирішені їхніми спілками.

Енцикліка формулює завдання держави у сфері соціального забезпечення, тоді тільки в Німецькій імперії під час врядування канцлера Бісмарка проведено соціальну реформу. Йдеться про те, що в енцикліці наголошується: «уряди держав повинні найперше намагатись діяти в загальний спосіб з усім своїм комплексом законів та політичних інституцій, керуючи і адмініструючи державою так, щоб вийшов з того природно публічний і приватний добробут. То, властиво, є завдання державного керівництва і зобов'язок державних урядів. Добробут же народів походить, зокрема, від добрих моральних звичаїв, від добрих основ родинного життя, пошани релігії і справедливості, від поміркованих податків і рівномірного розподілу публічних тягарів, від розвитку індустрії і торгівлі, розквіту сільського господарства та інших подібних справ, які чим більше розвиваються, тим щасливішими стають народи. Тож тільки такими дорогами може держава у великій мірі пособляти добробутові інших класів, як і пролетаріатові, і то, використовуючи своє повне право без жодних підозр щодо свого неналежного втручання, бо піклування про спільне добро – завдання і компетенція держави. І чим більша буде сума користей з цієї загальної дбайливості, тим меншою буде потреба інших доріг для порятунку робітників».

«**Quadragesimo anno**». Через сорок років після енцикліки «*Rerum Novarum*» 15 травня 1931 р. Папою Римським Пієм XI (1857–1939 pp.) видається енцикліка «*Quadragesimo anno*»⁴, що у перекладі означає *до сорокаріччя*. Традиція видавати нові енцикліки щодо соціальної сфери збережеться і пізніше, тим самим відсилаючи до першоджерела, яке згодом тільки доповнювалося чи дещо коригувалося. В енцикліці дано соціально-економічний аналіз відносин, які сформувалися, як і в «*Rerum novarum*» наголошувалося на таких базових принципах розвитку суспільства, як приватна власність, а її ліквідація несе шкоду робітникам. Окремо вказувалося, що націоналізація приватної власності можлива, але тільки за умови, коли збереження приватної власності не є небезпечним і може завдати шкоди суспільному добробуту. Вказувалося на роль Католицької церкви у розвитку профспілкового руху, на важливості права на об'єднання. Папа Пій XI закликає до реформи держави, базуючись на принципі субсидіарності, сформульовано заклики до солідарності робітників та роботодавців. У енцикліці засуджується комунізм.

«**Mater et Magistra**». У сімдесяту річницю «*Rerum novarum*» 15 травня 1961 р. Папа Римський Іоан ХХІІІ оприлюднив енцикліку «*Mater et Magistra*»⁵, що з латини перекладається як мати та наставниця, головною темою чого стала тема християнства і соціального прогресу у післявоєнній Європі. Однією з головних тез енцикліки була характеристика здорового суспільства, яке можна досягнути завдяки об'єктивній справедливості. Особливе місце відведене проблемам у сільському господарстві, пропонується низка рішень: державна підтримка, необхідність податкової реформи, доступ до дешевих кредитів, соціальне забезпечення та регулювання цін. Запропоновано розглядати розвиненість країн (економічно, соціально, політично) не тільки крізь призму багатства держави, а радше крізь призму його розподілу на базі принципу справедливості.

Відреагував понтифік і на збільшення кількості населення планети і закликав багаті нації надавати гуманітарну допомогу бідним, одночасно застерігаючи, щоб така благодійність не переросла у нові форми колоніалізму. Як і в енцикліка «*Quadragesimo anno*», засуджується тоталітаризм із прозорим натяком на комунізм.

«**Centesimus Annus**». Останньою на сьогодні енциклікою, яку включають до корпусу конпендіюму С.д.к.ц., є видана Папою Римським Іоанном Павлом ІІ (1920–2005 pp.) до сторіччя «*Rerum novarum*» – «*Centesimus Annus*»⁶ від 1 травня 1991 р., яка проголосила «нову соціальну доктрину».

У енцикліці окрім оцінки політичних змін, що відбулися в Європі (падіння комунізму), розвивається теза, що капіталізм має ґрунтуватися на засадах справедливості, засуджуються суспільство споживання, класова боротьба, гонка озброєнь.

Папа Римський обстоює тезу про фундаментальність права власності, але не його абсолютність. Ринкова економіка з позиції енцикліки має достоїнства (свобода, ініціатива, процвітання), однак є й інший бік, такі

негативні явища, як: несправедливість, обмежений доступ до благ цивілізації, експлуатація, пріоритет речей над людиною і саме тому засади справедливості такі важливі.

Сформульовано позицію та заклик до побудови «держав добробуту», які допомагають уникнути жебрацтва та бідності, натомість різко піддано критиці «держави-опікуни», політика яких призводить до втрати людської енергії і зростання обслуговуючих структур, у яких скоріше домінує бюрократична логіка, ніж турбота про те, щоб слугувати людям⁷.

С.д.к.ц. розвиває ідеї, що економіка має моральний вимір. Зв'язок, який існує між етикою й економікою, необхідний та суттєвий: економічна діяльність і моральна поведінка тісно взаємопов'язані. Моральна складова економіки вказує на те, що економічна ефективність і сприяння солідарному розвитку людства – це не дві окремі чи альтернативні мети, а одна неподільна⁸.

Наслідком енцикліки стала ініціатива кардиналів Розаріо Хосе Кастиліо Лара (*Rosalio José Castillo Lara*) та Джованні Лайола (*Giovanni Lajolo*) про створення фонду «Centesimus Annus Pro Pontifice»⁹ (САПП), яка була реалізована у 1993 р. Метою фонду разом із католицькими літератами бізнесу, академічних та професійних середовищ є поширення людських, етичних, суспільних, християнських цінностей, що базуються на С.д.к.ц.

Висновки. С.д.к.ц. є свідченням активної участі церкви у поширенні ідей соціальної держави і намаганні сформулювати ідеали соціальної держави, здійснюючи зовнішній вплив на ідеологію християнських країн. Крім цього, не можна ігнорувати того факту, що енцикліки прямо або ж опосередковано вплинули на ухвалення перших соціальних законів католицької Європи, де енцикліки не були порожнім звуком. Таким чином Святий Престол солідаризувався із робітничим рухом. Окремо варто наголосити на тому, що враховуючи той факт, що енцикліки Папи Римського поширюються на увесь католицький світ, то їх можна розглядати як приклад м'якого міжнародного права. Саме в енцикліках сформульовані перші соціальні права, принципи та цінності у сфері соціального захисту. Соціальні права відносять до другого покоління прав людини, корпус яких сформувався на рівні міжнародних актів після Другої світової війни (Загальна декларація прав людини (1948 р.), Європейська конвенція про захист прав і основоположних свобод людини (1950 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права (1966 р.), Європейська соціальна хартія (переглянута) (1965–1996 рр.), Європейський кодекс соціального забезпечення (1964 р.), тобто через 50 років після того, як вони були закріплені в папських енцикліках.

Незаперечним фактом, який досі не був артикульований у наукових пошуках у сфері права соціального захисту, що С.д.к.ц. можна розглядати як невід'ємну частину процесу виникнення, становлення та розвитку соціального захисту, як ідеологічний наратив і джерело соціальних прав та принципів соціального захисту.

Викладене вище дає можливість сформулювати дефініцію поняття С.д.к.ц, як: корпус актів Святого Престолу щодо стану та розвитку соціально-трудова права людини, їх місця в житті людини і держави, основою яких є енцикліки Пап Римських, що адресуються вірянам, єпископам та архієпископам, які сповідують католицизм.

¹ Патрик де Лобье. Три града (Социальное учение христианства). Санкт-Петербург: Алтея, 2001. С. 51.

² Шумило М. Правовідносини у сфері пенсійного забезпечення в Україні: монографія. Київ: Ніка-Центр, 2016. С. 128–129.

³ Encyclius «Rerum Novarum» 15.05.1891. URL: http://sd.net.ua/2010/01/11/rerum_novarum.html

⁴ Encyclius «Quadragesimo anno» 15.05.1931. URL: http://www.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html

⁵ Encyclius «Mater et Magistra» 15.05.1961. URL: http://www.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html

⁶ Encyclius «Centesimus Annus» 1.05.1991. URL: <http://www.centesimusannus.org/media/2hjn1352218016.pdf>

⁷ Енцикліка Папи Іоана Павла II «Centesimus annus» в сотую годовщину енцикліки «Rerum novarum» от 1.05.1991 г. / Енцикліки Его Святейшества Папы Римского 1891, 1981, 1991 годов о труде и человеческой жизнедеятельности, нравственности и морали. Киев. Ин-т праксеологии, 1993. С. 263.

⁸ Компендіум соціальної доктрини церкви / пер. з італ. О. Живиця. Київ: Кайрос, 2004. С. 208–209.

⁹ The Centesimus Annus pro Pontifice Foundation. URL: <http://www.centesimusannus.org/>

Резюме

Шумило М.М. Соціальна доктрина католицької церкви як першооснова виникнення правового регулювання у сфері соціального захисту в Європі.

У статті вперше аналізується корпус енциклік Папи Римського у сфері соціального захисту крізь призму їх впливу на ухвалення перших соціально орієнтованих законів в Європі. Обстоюється думка, що саме основні тези енциклік мали значний вплив на формування другого покоління прав людини у сфері соціального захисту і в першу половину ХХ ст. та були аналогом м'якого міжнародного права у католицькому світі. Сформульовано дефініцію С.д.к.ц., яка і сьогодні є джерелом принципів та цінностей у сфері соціального захисту. Доведено, що С.д.к.ц. є невід'ємною частиною історії виникнення, становлення та розвитку науки права соціального захисту.

Ключові слова: соціальні права, соціальний захист, соціальна доктрина католицької церкви, енцикліка Папи Римського.

Резюме

Шумило М.М. Социальная доктрина католической церкви как первооснова возникновения правового регулирования в сфере социальной защиты в Европе.

В статье впервые анализируется корпус энциклик Папы Римского в области социальной защиты сквозь призму их влияния на принятие первых социально ориентированных законов в Европе. Обосновывается мысль, что именно основные тезисы энциклик имели значительное влияние на формирование второго поколения прав человека в отрасли социальной защиты и в первую половину XX в. были своего рода аналогом мягкого международного права в католическом мире. Сформулировано определение С.д.к.ц., которая и сегодня является источником принципов и ценностей в сфере социальной защиты. Доведено, что С.д.к.ц. является неотъемлемой частью истории возникновения, становления и развития науки права социальной защиты.

Ключевые слова: социальные права, социальная защита, социальная доктрина католической церкви, энциклики Папы Римского.

Summary

Mykhailo Shumylo. The social doctrine of the catholic church as a foundation for the emergence of the legal regulation in the area of social protection in Europe.

The social doctrine of the Catholic Church is an indication of the active involvement of the Church in disseminating the ideas of the welfare state and it reflects its attempts to establish ideals of the welfare state through an external influence on the ideology of countries that belong to Christendom.

Furthermore, one cannot ignore the fact that encyclicals had a direct or indirect influence on the adoption of the first social protection acts in Catholic Europe where encyclicals played an important role.

As a result, the Holy See aligned itself with the labour movement.

Considering the fact that papal encyclicals covered the entire Catholic World, these documents can be viewed as an example of international soft law.

The first social rights, principles, and values in the area of social protection were enshrined in the encyclicals.

Social rights belong to second-generation human rights the legal basis for which comprises international instruments adopted after the Second World War (the Universal Declaration of Human Rights (1948), the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), the European Social Charter (Revised) (1965–1996), the European Code of Social Security (1964), meaning 50 years after these rights were enshrined in papal encyclicals.

There is an indisputable fact that has still not been discussed in scientific research on social protection and according to which the social doctrine of the Catholic Church can be viewed as an inherent part of the process of occurrence, formation, and development of social protection, and it can be regarded as an ideological framework, a source of social rights and principles of social protection.

Considering the above-mentioned findings, the social doctrine of the Catholic Church can be defined as the body of legislation adopted by the Holy See regarding the status and development of social and labour rights, their place in a person's life and in public life. Papal encyclicals form the basis of that legislation and they are addressed to believers, bishops, and archbishops.

Key words: social rights, social protection, the social doctrine of the Catholic Church, a papal encyclical.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.65

УДК 341.922

Е.М. ГРАМАЦЬКИЙ

*Ернест Мірчевич Грамацький, кандидат юридичних наук, доцент Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0003-1260-2888

ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНІ ПРОЦЕСИ ТА МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Постановка проблеми. Сучасність є істотним викликом для системи права і законодавства. Стрімкий розвиток технологій, виникнення нових об'єктів цивільних прав, якісна зміна правовідносин, розширення взаємодії між суб'єктами права, які мають різну юрисдикційну належність, та багатоманітність її форм – усе це має наслідком докорінні зміни у сфері правового регулювання. На нашу думку, вищезазначене має місце в абсолютній більшості країн світу.

Водночас при характеристиці сучасного стану розвитку правової системи України неможливо не згадати євроінтеграційні процеси, що прямо стосуються оновлення вітчизняного законодавства. Варто зауважити, що вони мають відношення не до окремих галузей права та законодавства: у певних випадках йдеться про структурний перегляд механізму правового регулювання, підвищення значення та застосування принципів права (йдеться насамперед про принцип верховенства права та його складові елементи), зміну вектору «руху» законодавця.

Звичайно, не залишається осторонь і міжнародне приватне право, яке, маючи особливий предмет правового регулювання та властиві лише цій галузі методи, є особливим правовим утворенням в рамках системи права України.

© Е.М. Грамацький, 2020

* *Ernest Gramatskiy, Ph.D. in Law, Associate Professor of the Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

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. Довгерг, 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 євроінтеграційних процесів для подальшого розвитку міжнародного приватного права.

Отже, метою цієї статті є висвітлення та аналіз окремих аспектів впливу євроінтеграційних процесів на сферу міжнародного приватного права.

Виклад основного матеріалу. Аналізуючи євроінтеграційні процеси, на нашу думку, слід розпочати із визначення поняття та ознак адаптації у праві. Так, у правовій науці мають місце різні підходи до тлумачення поняття адаптації. Окремі вчені розглядають адаптацію законодавства як особливий різновид законотворчого процесу, змістом якого є запозичення іноземного досвіду при розробці та прийнятті актів національного законодавства¹. Інші дослідники звертають увагу на те, що при адаптації законодавства йдеться, як правило, про односторонній рух однієї правової системи у напрямі іншої². Ця позиція, на нашу думку, є більш виваженою, адже дає підстави стверджувати, що адаптація не обмежується виключно питаннями законодавства: йдеться і про правозастосовну практику, і про юридичну техніку. Останнім часом дослідники також пропонують під адаптацією у праві розуміти певне оновлення національної правової системи, зміст якого полягає у приведенні актів національного законодавства у відповідність до законодавства іншої правової системи.

На думку О.С. Проневича, під адаптацією національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу слід розуміти планомірний процес узгодження нормативно-правових актів України (держави-реципієнта) з європейськими стандартами правового регулювання окремих видів суспільних відносин, що ґрунтується на нормах міжнародного договору. До основних ознак адаптації національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу вчений відносить такі: адаптація є однією з форм правової інтеграції; адаптація законодавства спрямована на досягнення певної мети: вступ України до Європейського Союзу; адаптація є особливим видом правотворчого процесу, що має односторонній характер та характеризується ознакою динамічності; адаптація законодавства вимагає її визнання з боку громадянського суспільства та його інститутів³.

Адаптація національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу є тривалим та багатостадійним процесом, який стосується усіх сфер правового буття. Враховуючи об'єктивну складність адаптації як законотворчого явища, її план закріплений на рівні міжнародних договорів, основою для яких є 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 червня 2014 р.⁴ Окремі положення цієї Угоди присвячені й міжнародному приватному праву.

Так, наприклад, відповідно до ст. 24 Угоди про асоціацію Сторони домовилися розвивати подальше судове співробітництво між Україною та Європейським Союзом у цивільних справах на основі відповідних багатосторонніх правових документів, зокрема конвенції Гаазької конференції з міжнародного приватного права у сферах міжнародного правового співробітництва, судового процесу, а також захисту дітей.

Одним із аспектів, якому в Угоді про асоціацію присвячена значна увага, є право інтелектуальної власності. Згідно зі ст. 157 Угоди цілями Сторін у сфері права інтелектуальної власності є спрощення створення і комерційного використання інноваційних продуктів та продуктів творчої діяльності на території Сторін і досягнення належного та ефективного рівня охорони й захисту прав інтелектуальної власності.

З метою дотримання вищенаведених цілей Сторони забезпечують належне та ефективне виконання зобов'язань за міжнародними договорами у сфері інтелектуальної власності, учасниками яких вони є, зокрема за Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Разом із тим положення Угоди про асоціацію доповнюють та уточнюють права і зобов'язання Сторін згідно з Угодою ТРІПС та іншими міжнародними договорами у сфері інтелектуальної власності (ст. 158 Угоди про асоціацію). Водночас найбільша увага приділена правовій охороні визнаних географічних зазначень відповідно до додатків до Угоди про асоціацію (ст. ст. 202, 204 Угоди).

Неабияке значення для регулювання відносин, що виникають з договорів, укладених з іноземним елементом, є положення Угоди про асоціацію щодо торгівлі послугами та електронної торгівлі⁵. Так, відповідно до ст. 85 Угоди Сторони, підтверджуючи свої відповідні права та обов'язки, взяті на себе в рамках Угоди СОТ, встановлюють необхідні заходи щодо поступової взаємної лібералізації умов заснування підприємницької діяльності і торгівлі послугами, а також співробітництва в галузі електронної торгівлі.

Безперечно, вищенаведені положення є лише окремими прикладами впливу адаптації національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу на міжнародне приватне право. Однак деякі із цих прикладів вже активно «входять» у нашу правову дійсність. Проаналізуємо їх більш детально.

Так, значна увага в Угоді про асоціацію присвячена торговельним маркам. Наприклад, у ст. ст. 193–197 Угоди визначені основні правила та вимоги, пов'язані з процедурами реєстрації, міститься перелік об'єктів, які не можуть бути зареєстровані як торговельні марки, закріплено перелік прав, пов'язаних із торговельною маркою, та винятки з цих прав.

Водночас на особливу увагу заслуговує зміст положень ст. ст. 197–198 Угоди. Відповідно до ст. 197 Угоди, якщо протягом п'яти років з дати завершення процедури реєстрації власник не розпочинає реальне використання торговельної марки для товарів або послуг, стосовно яких вона зареєстрована на відповідній

території, або якщо таке використання призупинено протягом безперервного п'ятирічного періоду, то стосовно торговельної марки можуть бути запроваджені санкції, передбачені цим Підрозділом, якщо відсутні належні причини для її невикористання.

Деталізація вищенаведеного законодавчого положення міститься у ст. 198 Угоди, яка присвячена підставам анулювання і у якій вказується, що Сторони передбачають, що реєстрація торговельної марки підлягає анулюванню, якщо протягом безперервного п'ятирічного періоду вона не була введена у використання на відповідній території для товарів або послуг, стосовно яких вона зареєстрована, і відсутні належні причини для невикористання; проте жодна особа не може заявити, що права власника на торговельну марку мають бути анульовані, якщо протягом проміжку часу між закінченням п'ятирічного періоду і поданням заяви про анулювання розпочалося або було поновлено реальне використання торговельної марки; початок використання або його поновлення протягом тримісячного періоду, що передує заяві про анулювання, яке розпочалося відразу після закінчення безперервного п'ятирічного періоду невикористання, не беруться до уваги, якщо підготовка до початку або поновлення використання здійснюється лише у зв'язку з тим, що власник усвідомлює можливість подання заяви про анулювання.

Звертає на себе увагу той факт, що вищенаведені положення не повною мірою узгоджувалися із законодавством у сфері використання та охорони торговельних марок. Так, у ч. 4 ст. 18 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» зазначається, що якщо знак не використовується в Україні повністю або щодо частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг протягом трьох років від дати публікації відомостей про видачу свідоцтва або від іншої дати після цієї публікації, будь-яка особа має право звернутися до суду із заявою про дострокове припинення дії свідоцтва повністю або частково⁶. У зв'язку з вищенаведеним виникає логічне запитання: яку правову норму слід застосовувати? Зауважимо, що відповідь на нього надасть можливість повною мірою зрозуміти правову природу Угоди про асоціацію.

Одні дослідники, звертаючи увагу на програмний характер Угоди про асоціацію, зазначають, що вона не містить норм права, які слід безпосередньо застосовувати для регулювання відповідних правовідносин. Інші ж вчені переконують, що Угода про асоціацію є міжнародним договором, який відповідно до ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства України.

Варто сказати, що досліджувана проблема також має місце і у сфері міжнародного приватного права, адже відносини права інтелектуальної власності, ускладнені іноземним елементом, є однією із складових предмета міжнародного права⁷.

Для вирішення питання щодо правової природи Угоди про асоціацію (в аспекті строку невикористання торговельної марки для товарів або послуг, стосовно яких вона зареєстрована на відповідній території) доцільно проаналізувати і судову практику. Так, це питання було проаналізовано у постанові Верховного Суду (Касаційного господарського суду) від 17 липня 2018 р. у справі № 910/14972/17⁸.

Позов було подано юридичною особою, яка створена та діє відповідно до законодавства Чеської Республіки, про дострокове припинення дії свідоцтва України на торговельну марку «bio CRYSTAL» щодо усіх товарів 3 та 5 класу МКТП, для яких вона зареєстрована, та зобов'язання Міністерства внести відповідні зміни до Державного реєстру свідоцтв на знаки для товарів і послуг, про що здійснити відповідну публікацію в офіційному бюлетені «Промислова власність». Позовні вимоги мотивовано тим, що зазначена торговельна марка не використовується в Україні більше ніж протягом останніх трьох років щодо усіх товарів, для яких вона зареєстрована, що дає підстави для дострокового припинення дії свідоцтва, а позивач має комерційний інтерес та намір зареєструвати знаки «Crystal» та «Кристал» як торговельну марку для товарів 5-го класу МКТП, у зв'язку з чим він подав до Державної служби інтелектуальної власності України відповідні заявки.

Рішенням господарського суду міста Києва, залишеним без змін постановою Київського апеляційного господарського суду, у позові відмовлено.

Проаналізувавши доводи касаційної скарги, Верховний Суд зауважив, що 1 вересня 2017 р. набула чинності Угода про асоціацію, відповідно до якої:

- для цілей цієї Угоди права інтелектуальної власності включають, зокрема, торговельні марки (ст. 158);
- даною Угодою встановлено окремі стандарти, які доповнюють та уточнюють права і зобов'язання Сторін згідно з Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС) та іншими міжнародними договорами у сфері інтелектуальної власності, зокрема щодо торговельних марок;
- Сторони передбачають, що реєстрація торговельної марки підлягає анулюванню, якщо протягом безперервного п'ятирічного періоду вона не була введена у використання на відповідній території для товарів або послуг, стосовно яких вона зареєстрована, і відсутні належні причини для невикористання (ст. 198).

Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ст. 9 Конституції України).

Згідно із ст. 1 Закону України «Про міжнародні договори України» та п. (б) ст. 2 Віденської Конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. ратифікація є однією з форм надання згоди держави (України) на обов'язковість для неї міжнародного договору. Відповідно до інших положень цієї Конвенції:

- одним із основних принципів діяльності держав у сфері права міжнародних договорів є загальноновизнана норма *pacta sunt servanda* (договори повинні виконуватися; ст. 26);
- учасник Конвенції не може посилатися на положення свого внутрішнього права як виправдання для невиконання ним договору (ст. 27).

За приписами ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства; якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

Аналогічні за змістом приписи містить і ст. 10 Цивільного кодексу України.

Згідно з положеннями ст. 11 Господарського процесуального кодексу України суд при розгляді справи керується принципом верховенства права; суд розглядає справи відповідно до Конституції України, законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; у разі невідповідності правового акта міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, суд застосовує міжнародний договір України.

З огляду на наведені законодавчі приписи та з урахуванням встановлених у справі обставин, зокрема того, що спірне свідоцтво на торговельну марку «bio CRYSTAL» було зареєстроване в Державному реєстрі 25 березня 2013 і на час розгляду судом першої інстанції даної справи передбачений ст. 198 Угоди про асоціацію п'ятирічний період невведення торговельної марки у використання ще не сплив, попередні судові інстанції дійшли висновку про відсутність підстав для задоволення позовної вимоги про дострокове припинення дії зазначеного свідоцтва, а отже, й похідної від неї іншої позовної вимоги, звернутої до Міністерства.

Варто сказати, що на сьогодні Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями» від 21 липня 2020 р. внесено зміни до змісту ч. 4 ст. 18 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», чим приведено положення останнього у відповідність до вимог Угоди про асоціацію щодо підстав припинення дії свідоцтва⁹.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу стверджувати, що процеси адаптації національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу є об'єктивно необхідними з точки зору як прогресу національної правової системи в цілому, так і розвитку міжнародного приватного права зокрема. Адаптація національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу – тривалий і багатоетапний процес, заснований на ряді міжнародних договорів, базисом для яких є Угода про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їх державами-членами, з іншого боку від 27 червня 2014 р. Окремі положення Угоди безпосередньо присвячені міжнародному приватному праву, а саме праву інтелектуальної власності, регулюванню відносин, що виникають з договорів, укладених з іноземним елементом тощо. Аналіз національної судової практики дає підстави стверджувати, що національні суди застосовують положення Угоди про асоціацію як норми прямої дії, що безпосередньо застосовуються для регулювання правовідносин.

¹ Яковюк І. Адаптація і гармонізація законодавства в умовах інтеграції: проблема співвідношення. *Вісник Академії правових наук України*. 2012. № 4. С. 29–42.

² Луць В. Правова інтеграція: загальнотеоретична характеристика. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2004. Вип. 39. С. 79–84.

³ Проневич О.С. Адаптація вітчизняного законодавства до законодавства Європейського Союзу: доктринально-правовий аспект. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2016. № 3 (74). С. 59–69.

⁴ 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 червня 2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#n642 (дата звернення: 23.09.2020).

⁵ Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. Київ: Алерта, 2012. С. 187.

⁶ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15.12.1993 р. № 3689-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. Ст. 36.

⁷ Юлдашев О.Х. Міжнародне приватне право: теоретичні та прикладні аспекти. Київ, 2004. С. 125.

⁸ Постанова Верховного Суду у справі № 910/14972/17 від 17.07.2018 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75399206> (дата звернення: 22.09.2020).

⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями: Закон України від 21.07.2020 року № 815-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/815-20#n504> (дата звернення: 22.09.2020).

Резюме

Грамацький Е.М. Євроінтеграційні процеси та міжнародне приватне право: окремі аспекти.

У статті детально проаналізовано окремі аспекти, значення та взаємозв'язок адаптації приватного законодавства України до вимог Європейського Співтовариства та міжнародного приватного права. Детальному аналізу піддані поняття, ознаки та значення адаптації у праві в контексті євроінтеграційних змін. Проаналізовано різні підходи вчених до характеристики цього поняття. Вказується, що адаптація національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу є тривалим та багатоетапним процесом, план якого закріплено на рівні міжнародних договорів, у тому числі і Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 27 червня 2014 р. Особлива увага звертається на аналіз положень Угоди про асоціацію, які безпосередньо присвячені міжнародному приватному праву.

Ключові слова: євроінтеграція, міжнародне приватне право, адаптація законодавства України, законодавство про міжнародне приватне право, Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, торговельна марка.

Резюме

Грамацкий Э.М. Евроинтеграционные процессы и международное частное право: отдельные аспекты.

В статье подробно проанализированы отдельные аспекты, значение и взаимосвязь адаптации частного законодательства Украины к требованиям Европейского Сообщества и международного частного права. Детальному анализу подвергнуты понятие, признаки и значение адаптации в праве в контексте евроинтеграционных изменений. Проанализированы различные подходы ученых к характеристике этого понятия. Указывается, что адаптация национального законодательства Украины к законодательству Европейского Союза является длительным и многоэтапным процессом, план которого закреплен на уровне международных договоров, в том числе и в Соглашении об ассоциации между Украиной и Европейским Союзом от 27 июня 2014 г. Особое внимание обращается на анализ положений Соглашения об ассоциации, которые непосредственно посвящены международному частному праву.

Ключевые слова: евроинтеграция, международное частное право, адаптация законодательства Украины, законодательство о международном частном праве, Соглашение об ассоциации между Украиной и Европейским Союзом, торговая марка.

Summary

Ernest Gramatskiy. European integration processes and private international law: certain aspects.

Certain aspects, the meaning and relationship between adaptation of the private legislation of Ukraine to the requirements of the European Community and private international law are analyzed in the article. The above mentioned phenomena are explored in the light of the active integration of Ukraine into European and world space, which at the same time explains the stage of fundamental changes in the national system of private law.

Special attention is paid to the provisions of the Association Agreement between Ukraine and the European Union dated June 27, 2014, which became the basis for deepening the processes of democratization and liberalization in all spheres of life, including the sphere of regulation of private law relations complicated by a foreign element – the legal relations that make up the subject matter of international private law.

The concept, features and legal aim of adaptation in law in the context of European integration changes were the subject to detailed analysis. Various approaches of scientists in terms of characterization of this concept are analyzed. It is indicated that the adaptation of the national legislation of Ukraine to the legislation of the European Union is a long and multi-stage process, the plan of which is enshrined at the level of international treaties, including the Association Agreement between Ukraine and the European Union of June 27, 2014. Particular attention is paid to the analysis of the provisions of the Association Agreement, which are directly devoted to international private law and legal relations which make up its subject matter.

Special attention is paid to the issue of intellectual property law and its regulation under current legislation of Ukraine and Association Agreement between Ukraine and the European Union. Certain aspects referring trademark regulation are analyzed. Judicial practice of the national court of Ukraine has been taken into account as well.

It is crucial to stress that European integration processes have their direct impact on private international law system and its mechanism of legal regulation.

Key words: European integration, private international law, adaptation of Ukrainian legislation, legislation on international private law, Association Agreement between Ukraine and the European Union, trademark.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.66

УДК 34.037

Р.Д. ЛЯШЕНКО, М.М. ДОБРОВІНСЬКИЙ

*Руслана Дмитрівна Ляшенко, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Поліського національного університету**

ORCID: 0000-0002-6129-7907

*Мирослав Миколайович Добровінський, студент магістратури Поліського національного університету***

ТЛУМАЧЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВНИХ СВОБОД У СВІТЛІ СУЧАСНИХ КОНЦЕПЦІЙ ПРАВОРОЗУМІННЯ

Постановка проблеми. Тлумачення правових норм є важливою складовою правореалізаційного процесу. Під час реалізації своїх прав і свобод у суб'єкта права з'являється необхідність конкретизувати їх зміст. Це дає можливість зрозуміти суть та значення правової норми. Тлумачення норм права є елементом регулювання відносин у соціумі, підвищення ефективності реалізації норм, а також спрямоване на захист законних прав та свобод людини й громадянина.

© Р.Д. Ляшенко, М.М. Добровінський, 2020

* *Ruslana Liashenko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Polissya National University*

** *Myroslav Dobrovinsky, student of I year of Master's degree division of Polissya National University*

У наш час набирає актуальності питання щодо динамічного тлумачення норм Конвенції про захист прав та основоположних свобод (далі – Конвенція). Це пояснюється неоднозначністю тлумачення її норм, які безперервно використовуються на практиці, а також необхідністю впровадження стандартів Конвенції та прецедентів Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) до національної правової системи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Актуальні питання досліджуваної проблеми розглядалися у працях А. Андріанова, М. Савчиної, П. Вишнякова, Т. Пашука, С. Добрянського, Ю. Власова, С. Головатого, С. Шевчука, І. Ільченка, В. Антошкіної, П. Рабіновича та ін.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає в тому, щоб з'ясувати особливості тлумачення норм Конвенції у світлі сучасного праворозуміння з огляду на її цілі та призначення на основі вироблених юридичною наукою і практикою ЄСПЛ принципів інтерпретації.

Виклад основного матеріалу. 23 роки минуло з моменту ратифікації Верховною Радою України Конвенції, що стало початком становлення та розвитку українського законодавства щодо захисту прав людини. З цього часу науковці ведуть відлік нового етапу розвитку вітчизняної правової системи – впровадження європейських правових цінностей до національного права.

Наразі Конвенція є базовою складовою системи захисту прав людини та її законних інтересів. Конвенція є першим документом на міжнародній політичній арені Європи, що покликаний захищати основоположні права людини. Вказаний нормативно-правовий акт є договором між державами, який започаткував європейський комплекс наднаціонального контролю за дотриманням основоположних прав і свобод людини.

Як вказує С. Головатий, «ратифікація Україною Європейської конвенції з прав людини розбудувала нову ситуацію в системі захисту прав людини в нашій державі. Перед науковцями виникає потреба, з однієї сторони, не відступати від положень Європейської конвенції з прав людини, а з іншої – посилаючись під час винесення рішень на практику Суду щодо розгляду справ про порушення цих прав»¹. Простіше кажучи, передові місця в українському законодавстві зайняли проблеми, які, не змогли отримати належного теоретичного та практичного вирішення. До прикладу, зазначаємо, що це: застарілий спосіб визначення змісту норм, які забезпечують реалізацію принципу верховенства права, нерозуміння необхідності офіційного визнання судового прецеденту як засобу, що визначає зміст конституційних прав і свобод, природно-правового характеру основоположних прав людини, відсутність наукових досліджень щодо меж необхідного врахування практики ЄСПЛ вітчизняними судами².

З метою запобігання у майбутньому порушень Україною зобов'язань, передбачених міжнародними договорами, важливо, щоб українські суди застосовували практику положень Конвенції, а також практику ЄСПЛ.

Конвенція не встановлює конкретного алгоритму застосування її норм. Використання положень Конвенції істотно різниться в європейських країнах. Одні віддають перевагу до підходу «монізму», метою якого є мінімізація відмінностей між національним і міжнародним правом, а також імплементація Конвенції у внутрішнє законодавство. Інші схиляються до «дуалізму», який встановлює межу між внутрішнім і міжнародним правом, відповідно Конвенція визнається самостійним актом.

Наприклад, у Швейцарії, Франції, Бельгії положення Конвенції мають перевагу щодо невідповідних їм положень внутрішнього законодавства та пряму дію в національному праві. Австрія взагалі надала Конвенції конституційний статус, це засвідчує пріоритет норм Конвенції щодо норм внутрішнього права.

У таких країнах, як Німеччина, Іспанія, Португалія норми Конвенції мають перевагу щодо положень тих нормативних актів, які вступили в дію до набуття Конвенцією чинності.

У нашій державі Конвенція є частиною національного законодавства, тобто має таку ж юридичну силу, як інші нормативно-правові акти. У разі наявності суперечностей між внутрішнім законодавством України та Конвенцією перевагу матимуть саме норми вказаного міжнародного договору³.

Враховуючи те, що Конвенція як складний механізм має безпосередню дію в межах юрисдикції системи судів України, принципи тлумачення Конвенції, які застосовуються ЄСПЛ, мають цінність та є особливими для представників феміди.

При використанні норм Конвенції вітчизняні суди, у першу чергу, повинні застосовувати загальні принципи інтерпретації і тлумачення міжнародних договорів. Варто зважати на прецедент і норми міжнародного права, що використовуються у взаємовідносинах між країнами, які підписали Конвенцію. Термінам, які є у Конвенції, можна надавати спеціального значення тільки тоді, коли це визначено як мету учасників. При тлумаченні Конвенції слід зважати на потребу постійного тлумачення, оскільки Конвенція є динамічним механізмом та має тлумачитися відповідно до вимог сучасності.

Зазвичай науковці виокремлюють принципи тлумачення норм Конвенції, які визначають основні ідеї розуміння їхнього змісту. Ці принципи взаємодіють, а також взаємодоповнюють один одного, що дає підставу вважати їх системою принципів тлумачення положень Конвенції.

Проаналізувавши норми Конвенції, можна виокремити наступні принципи тлумачення, зокрема: ефективного та динамічного тлумачення (дає можливість інтерпретувати норми Конвенції до суспільних умов, які завжди змінюються. Конвенція має бути пристосована до умов сьогодення); правової визначеності (забезпечує можливість використати відповідне право в разі необхідності); пропорційності та забезпечення рівноваги інтересів (полягає у встановленні рівноваги інтересів окремого громадянина з інтересами публічної влади, обмеження на свободи, які передбачені Конвенцією, повинні відповідати законній меті, для якої використовуються вказані обмеження, а також між обраними способами і законною ціллю, для якої є певні обме-

ження, має бути розумне пропорційне співвідношення); забезпечення певної свободи національного розсуду (уповноваженим суб'єктам делегуються повноваження щодо тлумачення та конкретизації норм Конвенції, згідно з реаліями всередині країни); автономного тлумачення (можливість Суду не звертати увагу на значення термінів, яке в них вкладається у межах національних правових систем); врахування загальнонаціональних міжнародних стандартів і принципів міжнародного права; забезпечення мінімальних гарантій прав і свобод людини (згідно зі ст. 53 Конвенції, якщо в Конвенції зафіксовані менші гарантії прав, порівняно з національним законодавством, то держава не має права, посилаючись на Конвенцію або офіційне тлумачення її норм, порушувати чи обмежувати права, передбачені внутрішнім правом). Також Конвенція не може бути підставою для ухилення від виконання державою більших зобов'язань, згідно з іншими міжнародними угодами щодо прав людини, учасницею яких вона є.

Вважаємо, що подальше дослідження вказаних принципів має важливе значення для ефективного тлумачення норм права як ЄСПЛ, так і суб'єктами публічної влади, які застосовують положення Конвенції в юридичній діяльності. Вказані принципи забезпечують комплексний захист прав людини та унеможливають вузьку інтерпретацію прав, передбачених Конвенцією.

Враховуючи те, що метою прийняття Конвенції було визначення та розвиток ідеалів і цінностей демократичного суспільства, варто звернути увагу на її об'єкти та мету. Цими ідеалами та цінностями є різні позиції та погляди, що відображають різні інтереси в суспільстві, свобода мислення, верховенство права з доступом до судів, свобода вираження думок, які є основою демократії в соціумі та важливою умовою для його розвитку й реалізації кожної особи, вільні обговорення в політиці, що є основою концепції демократичного суспільства.

Варто зазначити, що Конвенція містить норми, які вказують на окремі забороняючі положення щодо процедури тлумачення. До прикладу, існує норма щодо тлумачення тексту всієї Конвенції: «Ніщо в цій Конвенції не може тлумачитися як таке, що означає, що яка-небудь держава, яка-небудь група осіб або яка-небудь особа має право займатися якою б то не було діяльністю або здійснювати які б то не було дії, спрямовані на скасування прав і свобод, визнаних у цій Конвенції, або на їх обмеження більшою мірою, ніж це передбачено в ст. 17 Конвенції»⁴.

Стаття 6 Конвенції містить зобов'язання для держави вимагати результатів, дозволяючи застосовувати вільний вибір методів національного права у судовій системі за умови їх відповідності вимогам вказаної статті. Справедливий судовий розгляд вимагає інтерпретації гарантій Конвенції, щоб вони були ефективними, а також конкретними.

Практика ЄСПЛ значно розвинулась з моменту прийняття Конвенції, завдяки чому зміст положень ст. 6 Конвенції суттєво вдосконалився, враховуючи розвиток відносин у суспільстві, що регулюються її нормами.

Щоб визначити відповідність процесу принципам справедливого судового розгляду, судова практика у власній інтерпретації часто використовує спосіб глобальної оцінки, сутність якого полягає в тому, що різні гарантії ст. 6 Конвенції є тільки гранями справедливого судового розгляду. Відповідно до вищезазначеного, норма п. 2 щодо презумпції невинуватості та п. 3 стосовно визначення прав обвинуваченого є елементами загального поняття справедливого судового розгляду, зафіксованого в п. 1 цієї статті.

Пункт 1 ст. 7 Конвенції включає правило не тлумачити кримінальний закон, заборону застосовувати його до правопорушень, про які він замовчує. Стаття 7 забороняє зворотню дію закону, яка обтяжує покарання⁵.

Так, у Справі «Коккінакіс проти Греції» від 25 травня 1993 р. зазначено, що: «стаття 7 (п. 1) не обмежується заборонаю зворотної дії закону до невігоди обвинуваченого. Вона затверджує в ширшому плані принцип – немає злочину та покарання без вказівок про них у законі, звідки слідує висновок про те, що кримінальний закон не можна застосовувати розширено на шкоду обвинуваченому, зокрема аналогічно»⁶. Вважаємо, що вказаний принцип потребує уточнення у межах автономного тлумачення правових понять, в момент застосування судом, пов'язаним із кваліфікацією якогось правопорушення внутрішнім законодавством. Наприклад, відповідно до національного законодавства правопорушення можна віднести до адміністративних, а ЄСПЛ, враховуючи ознаки і тяжкість покарання, може віднести його до кримінального обвинувачення⁷.

Щодо проблеми відсутності базових критеріїв використання практики ЄСПЛ та Конвенції в рішеннях суду, як влучно вказує П. М. Рабінович, «справжній смисл багатьох норм Конвенції, сформульованих здебільшого в надто абстрактній, часто оціночній формі, конституують, з'ясовують лише після їх тлумачення та застосування в рішеннях Суду. Практика Суду (це сотні рішень) розвивається за відверто прецедентним принципом. І тому знання й урахування прецедентних рішень ЄСПЛ, засвоєння специфіки його професійного мислення, його «правового менталітету» – одне з найактуальніших завдань, що постають нині перед суддями та будь-якими іншими суб'єктами захисту прав людини в Україні»⁷.

Висновки. Конвенція є важливим засобом залучення в правову систему держави європейських правових цінностей, що стосуються захисту прав людини й мають високий гуманістичний потенціал. Враховуючи панування деформованого стану правосвідомості в українському суспільстві, насамперед у середовищі державної бюрократії, та зневагу до законодавства, Конвенція відкриває новий горизонт завдань у питаннях розвитку демократії в Україні, з головними засадами якої правові акти країни повинні контролюватися на предмет відповідності основним правам та свободам людини і громадянина з метою обмеження державної влади.

Україна визнає на своїй території юрисдикцію ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються застосування та тлумачення Конвенції. Отже, рішення ЄСПЛ є офіційним тлумаченням Конвенції. Нові принципи та методи

тлумачення Конвенції, які є безпосереднім наслідком якісного розвитку міжнародного та конституційного права країн західних демократій, дадуть можливість змінити певною мірою спрощені підходи та методи тлумачення норм про права людини і громадянина в нашій державі. Усі раніше зазначені принципи не є єдиними, які застосовує ЄСПЛ при тлумаченні Конвенції. Адже не існує двох однакових справ, а так само і не може бути використано однозначних підходів та застосовано стандартну процедуру для вирішення справи. Лише професіоналізм суддів у виборі методів і принципів може сприяти всебічному розгляду справи.

¹ Головатий С. Нові можливості щодо захисту прав людини в Україні *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. 2009. № 1. С. 11.

² Шевчук. С. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського праворозуміння. *Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. 1999. С. 135.

³ Ільченко І. Деякі питання застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики ЄСПЛ в Україні. 2009. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_14103 (дата звернення: 20.09.2020).

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Конвенцію ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.1997 р. Редакція від 2.10.2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 15.09.2020).

⁵ Антошкіна В. Особливості тлумачення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та застосування практики Європейського суду з прав людини під час здійснення судочинства в Україні. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2019. № 2. С. 117–118.

⁶ Рішення ЄСПЛ «Коккінакіс проти Греції» (Kokkinakis v. Greece). URL: <http://www.rpqi.narod.ru/echr/translation/translation/kokkinakis.htm> (дата звернення: 20.09.2020).

⁷ Рабінович П. Рішення Європейського суду з прав людини: до характеристики концептуально-методологічних засад їх обґрунтування. *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. 1999. № 1. С. 67.

Резюме

Ляшенко Р.Д., Добровінський М.М. Тлумачення Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод у світлі сучасних концепцій праворозуміння.

У статті представлено результати теоретичного та практичного дослідження тлумачення Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод у світлі сучасних концепцій праворозуміння. З моменту ратифікації Конвенції наша держава почала стрімкий процес відходу від позитивістського розуміння права, що стало наслідком виникнення необхідного для подальшого розвитку плюралізму праворозуміння у праві. Зокрема, використання Конвенції про захист прав та основоположних свобод в Україні дає змогу замінити переважачі позитивістські погляди на право і застосувати новітні принципи інтерпретації норм про права людини і громадянина.

Ключові слова: Конвенція про захист прав та основоположних свобод, тлумачення норм, праворозуміння, прецедентне право, Європейський суд з прав людини, міжнародний досвід.

Резюме

Ляшенко Р.Д., Добровінський М.Н. Толкование Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в свете современных концепций правопонимания.

В статье представлены результаты теоретического и практического исследования толкования Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод с позиций современных концепций правопонимания. С момента ратификации Конвенции наше государство начало стремительный процесс отхода от позитивистского правопонимания, что стало следствием возникновения необходимого для дальнейшего развития плюрализма правопонимания. В частности, использование Конвенции о защите прав и основных свобод в Украине позволяет заменить устоявшиеся позитивистские взгляды на право и применить новейшие принципы интерпретации норм о правах человека и гражданина.

Ключевые слова: Конвенция о защите прав и основных свобод, толкование норм, правопонимание, прецедентное право, Европейский суд по правам человека, международный опыт.

Summary

Ruslana Liashenko, Myroslav Dobrovinsky. Interpretation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the light of modern concepts of legal understanding.

The article presents the results of theoretical and practical research of the interpretation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the light of modern concepts of legal understanding.

On July 17, 1997, Verkhovna Rada of Ukraine ratified the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (hereinafter – the Convention), which was the initial stage in the formation and development of Ukrainian law and legal science in general. From that moment, a new stage began – the introduction of legal practice and legal values of Europe into Ukrainian law.

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as a complex mechanism has a direct effect within the jurisdiction of the Ukrainian court system, the principles of interpretation of the Convention applied by the European Court of Human Rights are valuable and special for judges in Ukraine. One of the main methods of interpreting the Convention is the principle of judicial precedent. Judicial case law is an important part of the legal system of common law states, and the increase in the boundaries of judicial precedent has been observed in Western Europe over the past century. The case law of the European Court of Human Rights is an additional factor for the official recognition of judicial precedent as a source of law in the protection of human rights, which will help strengthen the independence of the judiciary in Ukraine.

Nowadays, the use of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Ukraine makes it possible to replace the prevailing positivist views on law, apply the latest principles of interpretation of human and civil rights, and develop the constitutional jurisprudence of fundamental human rights.

The Convention opens a new horizon of tasks in the development of democracy in Ukraine, with the basic principles of which various legal acts of the country must be monitored for compliance with fundamental human rights and freedoms.

Through the interpretation and use of the Convention, our state has begun a rapid process of moving away from the positivist understanding of law, which has resulted in the emergence of the necessary for the further development of pluralism of legal understanding of law.

Key words: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Interpretation of Norms, Legal Understanding, Case Law, European Court of Human Rights, International Experience.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.67

УДК 341.1/8

І.М. ПАНЧЕНКО

*Ірина Миколаївна Панченко, кандидат юридичних наук, доцент Херсонської державної морської академії**

ORCID: 0000-0003-4545-3794

ПРОБЛЕМИ ДЕЛІМІТАЦІЇ АЗОВСЬКОГО МОРЯ ТА КЕРЧЕНСЬКОЇ ПРОТОКИ

Постановка проблеми. Питання щодо розмежування Азовського моря було актуальним з моменту здобуття Україною незалежності. Проте особливо гостро воно постало після анексії Російською Федерацією Кримського півострову та частини Донбасу. За роки незалежності Україна так і не змогла завершити процес оформлення державних кордонів з Російською Федерацією, що заважає реалізації ряду стратегічних планів у сфері як внутрішньої, так і зовнішньої політики.

Мета статті – поетапно розглянути процес правового оформлення українсько-російського кордону, проаналізувати позиції сторін та спірні питання щодо делімітації Азовського моря та Керченської протоки.

Виклад основного матеріалу. До розпаду СРСР Азовське море вважалось внутрішнім морем України та Росії та спільно використовувалося обома державами без визначення чітких меж. Враховуючи той факт, що СРСР був номінально союзом республік, а насправді державою з високим ступенем централізації уряду з осередком у Москві, така ситуація не викликала подиву, оскільки всі території фактично вважались спільними.

Після розпаду СРСР почався тотальний розподіл територій, фінансових зобов'язань, економічних ресурсів, тощо між 15 державами, які з'явилися на політичній арені. Не зважаючи на першочергову необхідність визначення кордонів новостворених держав як по воді, так і по суші, питання делімітації Азовського моря було відкладено. Не врегульованим залишилось і питання розмежування Керченської протоки. Формальним приводом для цього стала необхідність вирішення інших, більш нагальних проблем, таких як вивезення з території України ядерної зброї, поділ Чорноморського флоту, обговорення вступу України до СНД та ін. Та все ж очевидно, що справжньою причиною такої правової невизначеності було небажання Росії розмежовувати морську акваторію, оскільки з огляду як на карту міжреспубліканського кордону між УРСР та РРФСР, так і з огляду поділу морської акваторії на підставі норм міжнародного права, Росія мала отримати меншу частину Азовського моря, а відповідно її вплив у регіоні також зменшився б.

Небажання Росії розпочинати переговорний процес та прийти до правової визначеності у цьому питанні затягнулось на довгих п'ять років і лише у 1996 р. президентом Леонідом Кучмою було повторно ініційовано питання щодо розмежування морських територій. На той час було створено спеціальну комісію. Результатом зустрічі української та російської сторін стало узгодження тексту трьох документів: проекту Договору про правовий статус Азовського моря і судноплавства в його акваторії, проекту Договору про правовий статус Керченської протоки та проекту Договору про розмежування континентального шельфу і виключної (морської) економічної зони в Чорному морі. Тим не менш російська делегація одразу мала чітку позицію, відповідно до якої: 1) правовий статус та режим використання Азовського моря і Керченської протоки неподільно пов'язані між собою і становлять одне ціле; 2) інтересам обох держав відповідало б закріплення за акваторією Азовського моря і Керченської протоки статусу внутрішніх вод та спільне їх використання при відсутності будь-якого розмежування їхніх морських просторів¹. Українська сторона такої позиції не поділяла та наполягала на чіткому визначенні проходження лінії кордону по воді.

Найбільша ж дискусія точилась навколо питання користування Керч-Єнікальським каналом. Окремі російські судновласники не сплачували каналні збори за прохід каналом, хоча за його утримання та безпеку

© І.М. Панченко, 2020

* *Iryna Panchenko, Ph.D. in Law, Associate Professor of Kherson State Maritime Academy*

судноплавства відповідала Україна, а саме Керченський морський торговий порт. Попри те, що дане питання порушувалось під час переговорів делегацій двох країн, російська сторона не погодилась з доводами України щодо необхідності сплати російською стороною компенсації за понесені портом матеріальні збитки.

Другий раунд² переговорів знову продемонстрував діаметральну різницю у поглядах двох сторін. У результаті цього було вироблено декілька підходів щодо вирішення питання поділу акваторії Азовського моря:

1) позиція української сторони ґрунтувалась на тому, що акваторія Азовського моря за радянських часів не була делімітована і, згідно з нормами міжнародного права, підлягає розмежуванню лінією державного кордону на внутрішні води України та внутрішні води Росії. Враховуючи світовий досвід делімітації морських просторів, українська делегація запропонувала здійснити розмежування акваторії Азовського моря за географічною конфігурацією берегів з урахуванням пропорційного розрахунку за довжиною берегової лінії (так званої серединної лінії). У цьому випадку на частку України припадало до 70 % акваторії;

2) російська сторона погоджується з аргументами українських колег щодо необхідності визначення державного кордону в акваторії Азовського моря. Водночас вона пропонувала здійснити розмежування акваторії Азовського моря на підставі принципу пропорційності та комбінації методів побудови рівновіддаленої лінії. Згідно з цим варіантом акваторія Азовського моря мала розподілятися між Україною та Російською Федерацією у рівних частках по 50 %. Даний варіант був відкинтий українською стороною;

3) умовно компромісним варіантом міг вважатися проєкт надання Азовському морю статусу міжнародного: у цьому випадку встановлювалась 12-мильна зона державних територіальних вод, а уся інша акваторія моря мала підпадати під дію міжнародного морського законодавства та бути відкритою для доступу кораблів інших країн. Такий варіант був невідгідний як для України, так і для Росії, оскільки їх економічні зони у цьому випадку зводилися до мінімуму, і територіальні претензії один до одного заважали б розробці відкритих на шельфі Азовського моря перспективних родовищ природного газу³.

Поступово, за допомогою різноманітних методів, зокрема, і відвертого політичного тиску, Україну підштовхували до «правильного рішення» в означеному питанні. І у 1998 р., у ході зустрічі президента України та Росії, було прийнято рішення тимчасово вважати Азовське море та Керченську протоку внутрішнім морем двох держав.

Правова конструкція «внутрішнє море двох держав» не зустрічається в міжнародних нормативно-правових актах. Подібна законодавча новела, ініціатором якої виступала Російська Федерація, не відповідає вимогам міжнародного законодавства, зокрема Конвенції ООН з морського права 1982 року.

На думку автора, поняття «внутрішнє море двох держав» є своєрідною досить дивною інтерпретацією конструкції «історичні води». Як відомо, деякі держави проголошують історичними водами не лише затоки, а й цілі моря. Як приклад візьмемо Гудзонову затоку. Попри свою назву, дана затока насправді є морем, проте з огляду на низку обставин, а головне, оскільки дане море повністю оточене територією однієї держави – Канади, дані води були визнані історичними та входять до складу внутрішніх вод Канади.

Держави нечасто володіють якимись територіями спільно. Як правило, коли таке трапляється, то має місце заморожений конфлікт. Відповідно, виглядає досить дивною ситуація, коли Україна та Росія, розділивши сухопутну територію, вирішують зробити морем спільним. Це викликає цілу низку проблем. Перше, що спадає на думку – це рибальство та видобуток природних ресурсів з шельфу. Постає абсолютно логічне питання щодо того, кому будуть належати ці ресурси та чи можуть, наприклад, російські рибалки здійснювати промисел безпосередньо біля українського берега. Усі ці проблеми були очевидні від початку, проте Азовське море все ж отримало статус внутрішнього моря двох держав.

Таке завзяте небажання російської сторони досягти правової визначеності було викликано очевидним фактом – Росія не бажала отримати меншу частину Азовського моря та Керч-Єнікальського каналу. Росія наполягала на тому, що межа між нашими державами по воді ніколи не встановлювалася, проте це не відповідає дійсності. Якщо звернутись до старих карт розмежування Азовського моря 1941 р. між колишніми радянськими республіками, то така лінія існувала. Така межа мала місце і на інших, більш пізніх, картах. Звичайно, лінія розмежування мала лише умовне значення, проте заперечувати її існування безглуздо.

Так, наприклад, при делімітації Чудського озера Росія апелювала до старих радянських карт міжреспубліканського кордону з Естонією. Стара лінія кордону використовувалася також при поділі між Російською Федерацією і Литвою Куршської затоки. У випадку ж з Україною Росія заперечує можливість використання радянських карт. Перед нами яскравий приклад подвійних стандартів, коли в одному випадку старі карти використовуються, а в іншому – ні.

Неможливість вирішення спірної ситуації призвело до здійснення з боку України досить рішучого кроку – підписання у 1999 р. указу про поділ Азовського моря в односторонньому порядку. Звичайно, Росія не визнала таких дій з української сторони, а тому фактично ситуація ніяк не змінилась.

Не зважаючи на численні невдачі на шляху встановлення правової визначеності у питанні розмежування Азовського моря, ідея односторонньої делімітації продовжувала й надалі обговорюватися в українському політикумі.

Черговий виток конфлікту назрів у 2003 р., коли у першому читанні Верховною Радою України було ухвалено законопроект «Про внутрішні води, територіальне море та прилеглу зону України»⁴. Користуючись прикладом, який подала сама Росія, що в односторонньому порядку провела розподіл кордону з Естонією, Україна вирішила здійснити ті ж самі дії та проінформувала про це Генерального секретаря ООН. Саме ці

дії і стали основною підставою для конфлікту навколо острова Тузла, коли Російська Федерація розпочала будівництво греблі в Керченській протоці у напрямку однойменного українського острова. Свої дії Москва пояснили тим, що колись о. Тузла був частиною коси Тузла, яка належить Російській Федерації, а тепер вони почала будівництво дамби начебто для відновлення первозданного виду коси. Подібні дії призвели до гучного міжнародного скандалу та мали великий міжнародний резонанс.

На щастя, після перемовин двох президентів, будівництво дамби вдалося зупинити буквально за кілька десятків метрів від острова. Для врегулювання конфлікту було підписано договір між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки, де у ст. 1 зазначалось, що Азовське море та Керченська протока історично є внутрішніми водами України і Російської Федерації, проте Азовське море розмежується лінією державного кордону відповідно до угоди між сторонами⁵.

Тенденція до вирішення питання делімітації Азовського моря зійшла нанівець після президентських виборів в Україні 2004 р. З приходом до влади нових політичних сил та зміни багатовекторності на прозахідний вектор Україна розпочала перегляд усіх попередніх домовленостей з Російською Федерацією. В ході чергових перемовин українська сторона знову почала наполягати на тому, щоб межа між двома державами проходила по колишній адміністративній лінії між РРФСР і УРСР. Тим самим перемовини у черговий раз зайшли у глухий кут.

У 2006 р. українська сторона запропонувала змінити статус Азовського моря з внутрішніх на міжнародні, проте такі дії були охарактеризовані російською стороною як непослідовні. Росія під час перемовин посилювалась на двосторонню домовленість 2003 р., у той час як Україна наполягала на перегляді усіх попередніх домовленостей. Як результат, переговорний процес знову звівся лише до обіцянок повторно зустрітися та надалі вести перемовини з метою вирішити спірне питання.

Зрушити з мертвої точки допоміг інцидент, який стався 11 листопада 2007 р. у Керченській протоці, коли внаслідок сильного шторму затонуло чотири кораблі, а з російського танкера в море вилилося близько 2 тисяч тонн мазуту, що нанесло сильний удар по екології регіону. Відразу після цього, 17 листопада, Україною та Росією було підписано Тимчасове положення про порядок проходження суден у Керченській протоці. У ході перемовин 28–29 листопада 2007 р. дипломати погодили проходження серединної лінії в Азовському морі і підписали відповідний протокол. Відповідно до нього було визначено початкові та кінцеві точки україно-російського державного кордону, узгоджено жорстку рівновіддалену серединну лінію та погоджено координати 11-ти її точок; погоджено методикку розрахунку довжини лінії узбережжя Азовського моря. Сторони доручили експертам узгодити проект лінії розмежування територіальних морів, континентального шельфу і виняткових економічних зон Чорного моря, відобразивши її на карто-схемі⁶.

Після здавалося б прогресу у перемовинах та підписанні Тимчасового положення про порядок проходження суден у Керченській протоці росіяни в односторонньому порядку відмовляються його виконувати, при цьому жодних офіційних заяв, ні у письмовому вигляді, ні під час засідань спільної урядової комісії, отримано не було. Україна зі свого боку і надалі притримувалась досягнутої домовленості⁷.

У ході 30 раунду українсько-російських переговорів Україна запропонувала три варіанти вирішення проблеми розмежування водних кордонів. Натомість Москва розпочала затягувати перемовини. Росія нічого свого не пропонувала, проте й не приймала жоден із представлених Україною варіантів розмежування Азовського моря.

У 2009 р., під час проведення 31 раунду перемовин, Москва відкрито відмовилася продовжувати обговорення питання визначення морського кордону та фактично зірвала роботи з розмежування Керченської протоки. Україна в черговий раз заговорила про проведення демаркації російсько-українського кордону в односторонньому порядку за умови, якщо Росія і надалі затягуватиме вирішення цієї проблеми. Як елемент тиску Україна використала політичну ситуацію, за якої наша країна мала попередні домовленості з ЄС щодо безвізу. Враховуючи ситуацію, Росія вже пішла на поступки і у переговорному процесі намітився значний прогрес, проте через нереалізованість ідеї безвізового режиму з ЄС та через відсутність підтримки з боку європейських держав Україна не наважилася проводити делімітацію в односторонньому порядку. Шукаючи можливі варіанти виходу із ситуації, Київ йде на чергові поступки та погоджується надати право російським кораблям безперешкодного користування Керч-Єнікальським каналом.

2010 р. ознаменувався черговими президентськими виборами в Україні. Прихід нової влади допоміг нормалізуватися переговорний процес. Значним зрушенням було підписання Угоди між Україною і Російською Федерацією про демаркацію українсько-російського державного кордону⁸. Фактично це був документ про наміри, ніяких карт до документа не прикладалося. Була лише досягнена домовленість щодо утворення спільної українсько-російської демаркаційної комісії, яка підготує документи для демаркації та розділить українсько-російський кордон на місцевості.

У 2012 р. російська сторона вперше чітко висловила своє бачення розмежування морських кордонів з Україною. Позицію російської сторони наша країна вважала «прийнятною»⁹. Подробиці домовленості, які просочились у ЗМІ, викликали занепокоєння, оскільки фактично Україна погоджувалась прийняти російський варіант розмежування Азовського моря та Керченської протоки, що не відповідало інтересам нашої держави. Росія пропонувала варіант розмежування, згідно з яким кордон буде значно відсунуто в бік українського берега, у результаті чого Росія розраховувала отримати в Керченській протоці право контролю над входом і виходом практично всіх кораблів¹⁰.

З настанням 2013 р. та початком воєнної агресії з боку Російської Федерації усі домовленості були переврані. Анексувавши Крим та частину Донбасу, Росія взяла бажане силою, незважаючи на небачений міжнародний резонанс та протистояння з боку України.

У цілому 36 раундів переговорів щодо визначення кордону в акваторії Азовського моря та у Керченській протоці, які пройшли з 1996 по 2012 рр. під керівництвом Міністерства закордонних справ України, засвідчили, що Росія була готова до розмежування тільки на своїх умовах, а не на засадах міжнародного морського права.

З початком гібридної війни між Україною та Росією багато політиків заявляли про втрату актуальності питання щодо розмежування Азовського моря та Керченської протоки з огляду на те, що Росія захоплени території вважала своїми, а Україна – своїми. Через це жодного компромісу у даному питанні досягти не вдалося б. На нашу думку, питання делімітації морського кордону, навпаки, стало чи не найбільш актуальним. Росія діяла швидко і у березні 2014 р. оголосила конкурс на проєкт будівництва моста, що би поєднав материкову частину Росії та півострів Крим, який на той момент вже незаконно був включений до складу Російської Федерації. Москва висловлювала позицію, що Керченська протока повністю має контролюватися ними, оскільки обидва береги є російськими.

Нагнітання політичної ситуації та неможливість її мирного вирішення за столом переговорів з новою силою порушило питання щодо необхідності розподілу Азовського моря та Керченської протоки на підставі норм міжнародного права, а саме Конвенції ООН з морського права 1982 р. Проте російська сторона апелювала до укладеного між Україною та Російською Федерацією договору про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки 2003 р., де Азовське море та Керченську протоку було визнано історичними внутрішніми водами України та Російської Федерації. На думку Москви, даний договір унеможливує застосування міжнародних конвенцій. Цей факт став приводом до створення серед українського політикуму двох таборів – прибічників денонсації зазначеного договору та противників таких дій.

Прибічники денонсації договору про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки 2003 р. висловлювали думку, що даний договір частково обмежує дію Конвенції ООН з морського права та є козиром у руках Москви, оскільки відповідно до документа Азовське море було визнано спільним та неподільним. На нашу думку, денонсація договору скоріш за все може нашкодити Україні, оскільки в такому випадку правовий режим морської акваторії взагалі жодним чином не буде унормовано, що може призвести до нового територіального спору щодо визначення державних кордонів в Азовському морі.

У 2016 р. Україна подала позов проти Росії до Гаазького арбітражного суду за порушення Конвенції ООН з морського права у Чорному та Азовському морях, а також у Керченській протоці. Позов стосувався усіх порушень, які вчинила Росія: перешкоджання навігації, крадіжка корисних копалин, незаконний вилов риби, спорудження Керченського мосту та багатьох інших. Москва намагалася уникнути розгляду справи, заявивши, що поданий Україною позов насправді стосується питання Криму, і з цієї причини суд не має належної юрисдикції для його розгляду¹¹. У лютому 2020 р. Арбітражний трибунал у Гаазі підтвердив, що має юрисдикцію розглядати позов України проти Росії щодо агресивних дій останньої в Азовському морі та Керченській протоці¹². На сьогодні невідомо, яке рішення буде прийнято Гаазьким судом, проте можна напевно говорити, що шанси на перемогу в Україні надзвичайно високі.

Підбиваючи підсумки, можна сказати, що імітація Росією переговорного процесу з питань делімітації морського кордону, який затягнувся більш як на 20 років, та непослідовна політика з боку України у цьому питанні призвели до ситуації, коли наша країна втратила частину своїх територій.

Проблема Азовського моря та Керченської протоки не має простих рішень. На сьогодні єдиним варіантом видається лише очікування рішення Арбітражного трибуналу. Лише на його підставі Україна зможе послідовно вибудовувати стратегію щодо подальших відносин з Росією у питанні розмежування Азовського моря та Керченської протоки.

¹ Протокол засідання делегацій України та Російської Федерації по визначенню правового статусу Азовського моря і Керченської протоки та розмежуванню континентального шельфу і виключної (морської) економічної зони в Чорному морі від 17.10.1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_236

² Протокол другого засідання делегацій України і Російської Федерації щодо обговорення проєктів договорів між Україною і Російською Федерацією про правовий статус Азовського моря і судноплавство в його акваторії, про правовий статус Керченської протоки та про розмежування континентального шельфу і виключної (морської) економічної зони в Чорному морі від 21.07.1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_226

³ Романуха О.М. Оформлення правового статусу сучасного українсько-російського кордону: монографія. Кривий Ріг : ДонНУЕТ, 2019. С. 49.

⁴ Про прийняття за основу проєкту Закону України про внутрішні води, територіальне море та прилеглу зону України: постанова Верховної Ради України від 9.07.2003 р. № 1031-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1031-15>

⁵ Договір між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки від 24.12.2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_205

⁶ Царьов Ю.О. Сучасний стан та перспективи договірно-правового оформлення морських кордонів України. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2011. № 3. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=261>

⁷ Росіяни не хочуть уникати аварій у Керченській протоці? URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2008/05/24/3447867/>

⁸ Угода між Україною і Російською Федерацією про демаркацію українсько-російського державного кордону від 8.07.2010 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_365

⁹ Українська сторона вважає прийнятними пропозиції Росії щодо азово-керченського кордону. URL: https://dt.ua/POLITICS/ukrayinska_storona_vvazhae_priinyatnimi_propozitsiyi_rosiyi_schodo_azovo-kerchenskogo_kordonu.html

¹⁰ Російський варіант делімітації морського кордону позбавить Україну газоносної площі. URL: https://dt.ua/POLITICS/rosiyskiy_variant_delimitatsiyi_morskogo_kordonu_pozbavit_ukrayinu_gazonosnoyi_ploschi2.html

¹¹ Суд в Гааге розгляне питання про юрисдикцію в споре між РФ та Україною по Чорному та Азовському морям. URL: <https://www.interfax.ru/world/627387>

¹² Гаазький арбітраж визнав юрисдикцію у справі України проти Росії щодо Азовського моря. URL: https://zaxid.net/gaazkiy_arbitrazh_viznav_yurisdiksiyu_u_spravi_ukrayini_proti_rosiyi_shhodo_azovskogo_morya_n1498122

Резюме

Панченко І.М. Проблеми делімітації Азовського моря та Керченської протоки.

У статті поетапно розглянуто переговорний процес між Україною та Російською Федерацією щодо розмежування Азовського моря та Керченської протоки починаючи з 1991 р. і до сьогоднішнього часу. Проаналізовано низку актуальних питань, зокрема, денонсації договору між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки 2003 р. та судового процесу в Гаазькому арбітражному суді за позовом України до Росії.

Ключові слова: делімітація, Азовське море, Керченська протока, Керч-Єнікальський канал.

Резюме

Панченко І.Н. Проблемы делимитации Азовского моря и Керченского пролива.

В статье поэтапно рассмотрен переговорный процесс между Украиной и Российской Федерацией по разграничению Азовского моря и Керченского пролива начиная с 1991 г. и до сегодняшнего времени. Проанализирован ряд актуальных вопросов, в частности, денонсации договора между Украиной и Российской Федерацией о сотрудничестве в использовании Азовского моря и Керченского пролива 2003 г. и судебного процесса в Гаагском арбитражном суде по иску Украины против России.

Ключевые слова: делимитация, Азовское море, Керченский пролив, Керчь-Еникальский канал.

Summary

Iryna Panchenko. Problems of delimitation of the Sea of Azov and the Kerch Strait.

The article gradually considers the negotiation process between Ukraine and the Russian Federation on the delimitation of the Sea of Azov and the Kerch Strait from 1991 to the present. It was established that according to the map of the inter-republican border between the Ukrainian SSR and the Russian SSR, and according to the division of maritime waters on the basis of international law, Russia should get a smaller part of the Sea of Azov. That is why Russia was not interested in the rapid establishment of a state border on water. It was advantageous for Russia to delay the negotiation process on this issue and use the Sea of Azov on the same terms as before the collapse of the USSR.

The article also focuses on numerous attempts of Ukrainian diplomats to achieve legal certainty in the delimitation of the Sea of Azov and the Kerch Strait. A total of 36 rounds of border talks about the Sea of Azov and the Kerch Strait, held from 1996 to 2012 under the leadership of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, showed that Russia was ready to delimit the Sea of Azov only on its own terms but not on the basis of international maritime law.

After the annexation of Crimea, a new round of relations begins regarding the division of the Black Sea. Russia acted quickly and in March 2014 announced a tender for a construction project of a bridge that would connect mainland Russia and the Crimean Peninsula, which at that time had already been illegally incorporated into the Russian Federation. Moscow has stated that the Kerch Strait should be fully controlled by them, as both shores are Russian.

In 2016, Ukraine filed a lawsuit against Russia in the Hague Arbitration Court for breaking the UN Convention on the Law of the Sea in the Black and Azov Seas and in the Kerch Strait. For today we don't know what decision will be made by the Hague tribunal, but there is reason to believe that the chances for winning of Ukraine are high.

The problem of the Sea of Azov and the Kerch Strait has no simple solution. For today the only option is to wait for a decision of the Arbitration Tribunal. Only on its basis Ukraine will be able to achieve the best strategy of the relations with Russia on the delimitation the Sea of Azov and the Kerch Strait.

Key words: delimitation, Sea of Azov, Kerch Strait, Kerch-Yenikalsky Canal.

О.С. ПЕРЕВЕРЗЄВА, В.Ф. ГАДЖІЄВ

*Ольга Сергіївна Переверзєва, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-4857-6469

*Васиф Фірдовсі огли Гаджієв, студент магістратури Київського національного торговельно-економічного університету***

ORCID: 0000-0002-0026-727X

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ МІЖНАРОДНОЇ ГРУПИ З ПРОТИДІЇ ВІДМИВАННЮ БРУДНИХ ГРОШЕЙ (ФАТФ)

Постановка проблеми. Проблема відмивання брудних грошей стає дуже поширеною, і тому країни об'єднують свої зусилля щодо припинення фінансових злочинів. Для ефективного розвитку ринкової системи світової економіки вирішення цього питання має велике значення. Легалізація (відмивання) отриманих за допомогою злочинності грошей неминуче призводить до збільшення корупції в глобальному масштабі. Поширення таких правопорушень є серйозною загрозою для будь-якої держави і світової суспільства в цілому. У 1989 р. була створена міжнародна група з протидії відмиванню брудних грошей (Financial Action Task Force on Money Laundering (далі –ФАТФ)) для вирішення багатьма країнами проблем щодо злочинних доходів. Дана організація, завдяки спільним зусиллям країн-учасниць, координує міжнародну діяльність у цьому напрямі. Особливості правової природи ФАТФ ґрунтуються на основі аналізу економічної та політичної ситуації напередодні Першої світової війни та після Другої світової війни. Показано основні передумови та причини створення міжурядової організації – ФАТФ, процес її створення, правові засади діяльності, а також специфіку її правосуб'єктності.

Аналіз останніх досліджень. У цьому контексті можна наголосити, що проблематика відмивання брудних грошей знаходиться в центрі уваги багатьох сучасних дослідників. Так, цією темою в різні часи опікувалися В. Антипов, С. Албул, М. Бойко, О. Банковський, О. Ващенко, О. Воронін, В. Гринчак, О. Глушенко, В. Денисов, К. Мелкумян, А. Музика, О. Користін, В. Кубальский, П. Ревенков, В. Романюк, В. Шкуркін. Різні аспекти заданої проблеми розглядалися також, П. Ашин, Дж. Дубель, Ю. Сейбер, Дж. Тонні та ін. Втім, багато важливих питань обраного розгляду залишилися, на жаль, поза увагою наукової спільноти, зокрема: питання особливості правової природи ФАТФ та специфіки її правосуб'єктності тощо.

Формування мети статті. Мета даної статті полягає в тому, щоб підкреслити особливості правової природи ФАТФ та створення узгоджених підходів ФАТФ щодо протидії злочинних доходів в умовах сьогодення.

Виклад основного матеріалу. Занепокоєння світового співтовариства, викликана поширенням з всього світу торгівлі опіумом, тому у 1909 р. в Шанхаї була зібрана конференція, в яку увійшли 13 країн Міжнародної опіумної комісії. Конференція була відповіддю на зрослу критику опіумної торгівлі. Напередодні Першої світової війни 23 січня 1912 р. в Гаазі було підписано Німеччиною, США, Китаєм, Францією, Великою Британією, Італією, Японією, Нідерландами, Персією, Португалією, Росією і Сіамом *міжнародну конвенцію про опіум*.

Учасники Конвенції зобов'язалися прийняти у своїх країнах відповідні законодавчі акти, спрямовані на здійснення контролю над виробництвом та розповсюдженням опіуму-сирцю (ст. 1 гл. I) і на обмеження кількості географічних об'єктів (міст, станцій, портів і т. д.), через які буде дозволено здійснювати експорт або імпорт опіуму (ст. 2 гл. I). Конвенція передбачала, що «держави конвенції повинні докласти всіх можливих зусиль для здійснення контролю, в тому числі і силового, всіх осіб, які виробляють, імпортують, продають, поширюють, і експортують морфій, кокаїн і їх похідні, а також для обліку будівель, в яких ці особи містять подібні виробництва і торгові місця».

У 1913 і 1914 рр. в Гаазі відбулися друга і третя Конференції по опіуму, які розвинули положення документа; розширилося коло учасників. На той час Конвенцію підписала 41 держава, однак ратифікували її лише 16. У 1915 р. умови конвенції були виконані такими країнами, як США, Нідерланди, Китай, Гондурас і Норвегія. Конвенція набула глобальної сили після її включення в Версальський мирний договір 1919 р.

© О.С. Переверзєва, В.Ф. Гаджієв, 2020

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

** *Vasif Gadjiev, student of II year of Master's degree division of Kyiv National University of Trade and Economics*

Виправлений варіант Міжнародної конвенції про опіум був підписаний 19 лютого 1925 р. і набув чинності 25 вересня 1928 р. У виправленому варіанті була введена статистична система обліку, контрольована Постійною центральною опіумною комісією, органом Ліги Націй, а в 1931 р. вона була замінена новою Конвенцією, яка обмежувала і регулювала виробництво і розподіл у масштабі планети медикаментів, які містять наркотичні речовини.

Таким чином, закінчився перший етап формування механізму міжнародно-правового регулювання боротьби з наркобізнесом¹.

Після закінчення Другої світової війни ініціативу в боротьбі з поширенням наркотиків, а разом з нею і з відмиванням «брудних» грошей, узяла на себе Організація Об'єднаних Націй. Основою міжнародного законодавства з цієї проблеми прийнято вважати *Єдину конвенцію Об'єднаних Націй про наркотичні засоби 1961 р., згодом доповнену і змінену Протоколом 1972 р.*

Ухвалена вона 30 березня 1961 р. на спеціальній конференції ООН, що відбувалася у Нью-Йорку протягом січня – березня 1961 р. У роботі конференції взяли участь повноважні представники 73 держав і окремих спеціалізованих установ ООН. Конвенція набула чинності 13 грудня 1964 р. У її преамбулі вказано дві основні мети Конвенції: правову – укласти взаємоприйнятний міжнародний документ, який замінить усі раніше прийняті міжнародні договори стосовно режиму міжнародного контролю над наркотичними засобами, і соціально-економічну – обмежити використання наркотичних засобів виключно медичними та науковими потребами. Дано чітке визначення як самого поняття «наркотичний засіб», так і основних наркотичних засобів – опію, листка коки, каннабісу тощо, а також низки інших термінів, пов'язаних з обігом наркотиків. Ці визначення допомагають окреслити межі поширення дії цього документа як на відповідні речовини, так і на процеси їх виробництва та розповсюдження. Наркотичні засоби за ступенем їх небезпечності об'єднано у групи, включені до чотирьох списків; розроблено механізм міжнародного контролю за їх використанням на міжнародному і внутрідержавному рівні. Передбачено також порядок надання державами – учасницями Конвенції відомостей щодо виробництва, вживання та переміщення наркотиків. Основний принцип контролю над міжнародною торгівлею наркотичними засобами полягає у тому, що жодна держава не має права експортувати наркотики в іншу країну без спеціальної згоди останньої. Переміщення наркотичних засобів можливе лише: а) відповідно до законів і правил країни, до якої ввозять наркотики; б) у межах розрахунків для цієї країни (як визначено в п. 2 ст. 19 Конвенції). Повноваження щодо здійснення функцій міжнародного контролю надано двом міжнародним органам: Комісії з наркотичних засобів, що входить до складу Економічної і соціальної ради ООН (далі – ЕКОСОП), і Міжнародному комітету по контролю над наркотиками (далі – МККН). У документі викладено загальне положення щодо правопорушень, пов'язаних із наркотиками, перераховано дії, що повинні розглядатися сторонами як правопорушення, а також передбачено покарання за них. У заключних положеннях Конвенції визначено порядок приєднання до неї. Учасниками Конвенції можуть бути лише держави – члени ООН або будь-якої її спеціалізованої установи, а також будь-яка держава яку ЕКОСОП запросить стати стороною Конвенції. Протоколом 1972, підписаним у Женеві 25 березня 1972 р., було внесено поправки до Конвенції.

Доповнення значно розширили перелік одурманюючих засобів, які підлягають забороні. До таких, поряд з опіумом і похідними від нього речовинами, були включені синтетичні одурманюючі речовини, а також вироби з кокаїну й індійських конопель².

Найважливішим правовим актом, який регулює проблеми, зв'язані з боротьбою проти наркобізнесу, вважають *Конвенцію ООН про психотропні засоби 1971 р.*, яка значно розширила сферу міжнародного контролю на великий перелік синтетичних наркотиків. Цей документ, який ратифікувало понад 140 держав, прийнято на спеціальній Дипломатичній конференції 21 листопада 1971 р. у м. Відні (Австрія). В Конвенції з урахуванням того, що психотропні речовини різняться між собою фармакологічною дією, терапевтичною корисністю, а також кількістю, необхідною для медичних цілей, було визнано за необхідне встановити для цих речовин кілька режимів контролю. Оцінку речовин і вироблення рекомендацій про заходи контролю над ними покладено на Всесвітню організацію охорони здоров'я (далі – ВООЗ). Правом ініціювати постановку питання про необхідність міжнародного контролю над будь-якою речовиною чи про перенесення певної речовини з одного списку до іншого, а також про вилучення якоїсь речовини із Списків наділено держави – учасниці Конвенції і ВООЗ (п. 1 ст. 2). ВООЗ оцінює речовину з погляду можливості поширення на неї положень Конвенції. У документі зазначено два критерії оцінки: негативний вплив на організм людини (викликає стан залежності, галюцинації, порушення поведінки, мислення тощо) і наявність доказів про зловживання (чи його ймовірність) даною речовиною, що становить небезпеку для здоров'я (п. 4 ст. 2). Конвенція містить низку положень принципового характеру: про застосування психотропних речовин лише в медичних і наукових цілях (ст. 5); про систему контролю за їх обігом. Встановлено чотири режими контролю (відповідно до Списків психотропних речовин). Особливо жорсткий режим запроваджено для галюциногенів (Список I): вони мають досить обмежене терапевтичне застосування, а тому визнані особливо небезпечними (ст. 7). Менш суворі режими контролю передбачені для психотропних речовин (Списки II, III і IV), які не мають галюциноген, властивостей (ст. ст. 3, 4, 9)³.

За ініціативи ООН у 1988 р. було прийнято *Віденську конвенцію про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин*, яка оголосила «відмивання грошей» міжнародним злочином.

Крім визнання відмивання грошей кримінально карним злочином Віденська конвенція містить ще одне важливе нововведення: вона вимагає введення в законодавчі акти країн-учасниць статей про екстрадицію

(видачу) винних у вчиненні такого злочину, а також конфіскації майна злочинців. Важливість і новизна основних статей Конвенції виявляється ще й в особливому акценті, зробленому тут на вимогу від країн-учасниць Конвенції обов'язкової участі в міжнародному співробітництві з питань конфіскації незаконно нажитого майна, причому обов'язок такої взаємодії має бути зафіксований у законодавчих актах країн, які підписали Конвенцію. Такий обов'язок сторони повинні закріпити у своєму законодавстві в будь-якому випадку – і за умови, коли в законодавстві цієї країни вже є статті, які вимагають конфіскації «брудних» грошей, і тоді, коли таких статей немає. Крім того, на кожного учасника Конвенції накладається обов'язок ввести у своє законодавство правила чи розпорядження, які забезпечують доступ правоохоронним органам до банківської документації⁴.

На нашу думку, ці всі передумови, а саме: триваюче зростання наркобізнесу, розширення його географічних кордонів, усе більш витончені й небезпечні форми цього злочинного бізнесу, боротьба держав щодо масштабної злочинності, пов'язаною із легалізацією злочинних доходів призвели до створення ФАТФ і вона досягнула важливих результатів у цьому напрямі. Організація ФАТФ була заснована в 1989 р. країнами G7 (США, Японія, Німеччина, Великобританія, Франція, Італія, Канада) в рамках Організації економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР). Організація є міжурядовою. Її очолює президент, який обирається з державних чиновників країни-учасниць. Нині президентом ФАТФ є Маркус Плер (Німеччина) на період 2020–2022 рр.⁵, Секретаріат ФАТФ очолює Девід Льюїс, він же – і заступник G20 у цільовій групі. Секретаріат ФАТФ – високо мотивована, мультикультурна команда професійного персоналу та експертів з усього світу. Вона об'єднує людей з 15 країн, які володіють 10 мовами, з багаторічним досвідом і знанням правоохоронних установ і розвідувальних установ, підрозділів фінансової розвідки, консультантів з питань політики та юристів. Секретаріат підтримує основну роботу членів ФАТФ у глобальній мережі та знаходиться в Парижі (Франція). Складається з 37 країн, та двох організацій: Європейська комісія та Рада співробітництва країн Перської затоки. Асоційовані члени ФАТФ: комітет Експертів Ради Європи з оцінки протидії легалізації злочинних доходів і фінансування тероризму (далі – MONEYVAL); Євразійська група проти легалізації злочинних надходжень і фінансування тероризму (далі – EAG); Азіатсько-Тихоокеанська група з боротьби щодо відмивання грошей (далі – APG); Група розробки фінансових дій щодо відмивання грошей на Близькому Сході та в Північній Африці (далі – MENAFATF); Карибська група щодо розробки фінансових дій щодо відмивання грошей (далі – CFATF), Група з боротьби щодо відмивання грошей (далі – ESAAMLG); Група з розробки фінансових дій щодо відмивання грошей в Латинській Америці (далі – ГАФІЛАТ), міжурядова група дій з боротьби щодо відмивання грошей в Західній Африці (далі – GIABA), цільова група з боротьби щодо відмивання грошей в Центральній Африці (далі – GABAC)⁶.

ФАТФ підтримує партнерські відносини з міжнародними організаціями, які мають статус спостерігача при ФАТФ та також виконують визначальну місію або функції щодо відмивання грошей: Африканський комітет щодо зв'язку з відмивання грошей зони франка; Азіатський банк розвитку; Базельський комітет з банківського нагляду; Егмонтська група підрозділів фінансової розвідки; Європейський банк реконструкції та розвитку; Європейський центральний банк; Євроюст; Європол; Група нагляду управління Міжнародного фінансового центру; Міжамериканський банк розвитку; Міжнародна асоціація страхових наглядачів; Міжнародний валютний фонд; Міжнародна організація комісій з цінних паперів; Інтерпол; Організація американських держав/Міжамериканський комітет з боротьби з тероризмом, Організація американських держав/Міжамериканська комісія з боротьби зловживання наркотиками, Організація економічного співробітництва та розвитку; Організація з безпеки та співробітництва в Європі, ООН – Управління Організації Об'єднаних Націй з наркотиків та злочинністю, Виконавчий директорат Контртерористичного комітету Організації Об'єднаних Націй, Група аналітичної підтримки та нагляду за санкціями згідно з резолюціями 1526 (2004) і 2253 (2015) відносно ІГІЛ (ДАІШ), «Аль-Каїди» і рух «Талібан» і пов'язаних з ними осіб та організацій, Група експертів Комітету Ради Безпеки, яка була заснована згідно з резолюцією 1540 (2004), Група експертів Комітету Ради Безпеки, яка була заснована згідно з резолюцією 1718 (2006). Відділення додаткових установ Ради Безпеки, Всесвітній банк, Всесвітня митна організація.

Функції ФАТФ – відслідковувати процеси імплементації таких заходів, вивчати способи і техніку відмивання грошей, розробляти превентивні та запобіжні заходи, сприяти загальносвітовій імплементації стандартів боротьби з відмиванням грошей.

Основною метою цих організацій є боротьба з легалізацією злочинних доходів та фінансування тероризму в цих регіонах, у тому числі шляхом проведення взаємних оцінок національних систем їх членів відповідно до міжнародних стандартів протидії відмивання грошей (зокрема, рекомендації 40+9 ФАТФ).

Щороку організація ФАТФ проводить зустрічі, присвячені аналізу методів і тенденцій, які стосуються протидії відмивання злочинних доходів та фінансуванню тероризму. Результати зустрічей допомагають розробити й удосконалити стандарти протидії відмивання злочинних доходів та фінансуванню тероризму.

ФАТФ була створена для розробки та вдосконалення міжнародних стандартів проти відмивання грошей та фінансування тероризму, а також з метою сприяння поширенню дій заходів ФАТФ у глобальному масштабі. Для досягнення цих цілей група має власну організаційну структуру та бюджет. Бюджетні витрати йдуть в основному на фінансові роботи Секретаріату та регулярні засідання. Його формування здійснюється в складній схемі, яка враховує розмір ВВП на душу населення країни-учасниці. ФАТФ визначає обсяги у високо розвинутих країнах на рівні 17 % ВВП, у країнах, що розвиваються – 40 % ВВП, у країнах з перехідною економікою – понад 20 % ВВП. За даними Світового банку, у сфері світової тіньової економіки щорічно виробляється товарів та надається послуг на 8–10 трлн дол. США.

Робочі групи відіграють важливу роль у діяльності ФАТФ. Ці групи мають короткостроковий і довгостроковий мандат. Групи з короткостроковими мандатами обговорюються і створюються на пленарному засіданні. Серед груп з довгостроковим мандатом є робочі групи: за оцінками і стандартами, за типологією, з проблем боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму. Усі рішення ФАТФ приймаються на пленарному засіданні, які проводяться тричі на рік (лютий, червень і жовтень)⁷.

На сьогоднішній день комплекс із 40 рекомендацій ФАТФ і дев'яти Спеціальних рекомендацій з протидії фінансуванню тероризму є набором універсальних стандартів, які приводять до успішної боротьби з відмиванням грошей⁸. Нова редакція цього документа була прийнята в 1996, 2003 і 2012 рр.

Ці рекомендації передбачають: кримінальне переслідування відповідних дій, організацію превентивного контролю у фінансових та інших установах, міжнародне співробітництво компетентних установ та створення підрозділів фінансової розвідки. Фінансова розвідка є одним із найважливіших механізмів протидії відмивання грошей, який запропонував ФАТФ. Їх можна розділити на дві групи, перша група включає фінансову розвідку, організовану органами фінансового самоврядування, друга – правоохоронними установами.

Одним із напрямів діяльності ФАТФ є визначення так званих некооперативних країн та територій і складання їх переліку, який називають «чорним списком». Хоч включення країни до «чорного списку» і не приводить до застосування санкцій з боку світового співтовариства, однак воно свідчить про ступінь довіри до неї з боку зарубіжних інвесторів. Не маючи статусу міжнародного правового акта, рекомендації ФАТФ на практиці отримали загальне визнання як універсальні міжнародні стандарти у сфері протидії відмиванню доходів. Зокрема, у Резолюції Ради безпеки ООН 1617 (2005 р.)⁹, яка мала обов'язковий характер для всіх держав-членів ООН, міститься наполегливий заклик виконувати 40 + 9 рекомендацій ФАТФ.

Висновки. 1. ФАТФ не може розглядатися міжнародною організацією, оскільки вона не була встановлена на основі міжнародного договору та не має затвердженого статуту. Однак, незважаючи на це, ФАТФ має рішення про створення групи – це і є правова основа для її діяльності. Вона також – міжурядова організація. 2. Аналіз діяльності ФАТФ свідчить, що спочатку пріоритетом ФАТФ була боротьба з відмиванням доходів, отриманих від торгівлі наркотиками. Сьогодні діяльність ФАТФ має три головні напрями: розширення дії прийнятих нею рекомендацій на всі континенти і регіони земної кулі; перевірка того, як виконуються в державах-членах і як впроваджуються в інших державах заходи для боротьби з відмиванням грошей, засновані на 40 + 9 рекомендаціях ФАТФ, які є керівництвом до дії; відстеження загальносвітових методів і схем відмивання злочинно нажитих капіталів та розробка контрзаходів.

¹ Романюк В.О. Конвенція про опіум 1912. *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.

² Романюк В.О. Єдина Конвенція про наркотичні засоби 1961. *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.

³ Музика А.А. Конвенція про психотропні речовини 1971. *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.

⁴ Музика А.А., Романюк В.О. Конвенція про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин 1988. *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.

⁵ FATF // FATF Presidency. URL: <http://www.fatf-gafi.org> (дата звернення: 17.09.2020).

⁶ Ткаченко І.Ю. Некоторые вопросы сотрудничества России и США в FATF. *Российский внешнеэкономический вестник*. 2012. № 5. С. 12–20.

⁷ Гриб В.Г. К вопросу о международно правовом регулировании противодействия легализации преступных доходов. *Вестник МГЛУ*. 2011. № 11. С. 34.

⁸ Jack A. Double Issue 34 and 35 of the Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter, Issue 8 of the UNDCP Technical Series. Financial havens, banking secrecy and money laundering. 1998. Vol. 4. № 4. P. 68–71.

⁹ Резолюція СБ ООН от 29.07.2005 г. 1617 п. 7. URL: <http://www.un.org/russian/document/scresol/res2005/res1617.htm>

Резюме

Переверзева О.С., Гаджієв В.Ф. Особливості правової природи ФАТФ.

Стаття присвячена особливостям правової природи ФАТФ, процесу її створення, правовим засадам діяльності, а також специфіці її правосуб'єктності. Увага присвячена також основним Конвенціям, які були підписані напередодні Першої світової війни та після Другої світової війни. Показано основні передумови та причини створення міжурядової організації ФАТФ.

Ключові слова: брудні гроші, чорний список, рекомендації, відмивання грошей, фінансування тероризму, універсальні міжнародні стандарти, протидії відмиванню брудних грошей.

Резюме

Переверзева О.С., Гаджієв В.Ф. Особенности правовой природы ФАТФ.

Статья посвящена особенностям правовой природы ФАТФ, процессу ее образования, правовым основам деятельности, а также специфике ее правосубъектности. Внимание уделено также основным Конвенциям, которые были подписаны накануне Первой мировой войны и после Второй мировой войны. Показаны предпосылки и причины образования межправительственной организации ФАТФ.

Ключевые слова: грязные деньги, черный список, рекомендации, отмывание денег, финансирование терроризма, универсальные международные стандарты, противодействие отмыванию грязных денег.

Summary

Olga Pereverzyeva. Vasif Gadjiev. Features of legal nature Financial Action Task Force on Money Laundering FATF.

The article is devoted to the peculiarities of the legal nature of FATF, the process of its creation, the legal principles of activity, as well as the speciality of its legal entity. Attention is also devoted to the main Conventions, which were signed on the eve of The First World War and after The Second World War and shows the main preconditions and reasons for the creation of the intergovernmental organization FATF.

The ongoing growth of the drug business, the expansion of its geographical boundaries, increasingly sophisticated and dangerous forms of this criminal business, the struggle of states on large-scale crime related to the legalization of criminal proceeds led to the creation of FATF and it achieved important results in this area.

FATF cannot be considered by an international organization because it has not been established on the basis of an international treaty and does not have an approved statute. However, despite this, FATF has a decision to establish a group – this is the legal basis for its activities and is an intergovernmental organization. Analysis of FATF's activities shows that FATF's initial priority was to combat laundering of proceeds from drug trafficking. Today FATF's activities have three main directions: expanding the actions of its adopted recommendations to all continents and regions of the globe; checking how member states are executed and how anti-money laundering measures are implemented in other states, based on 40 plus 9 FATF recommendations that are guidance to action; tracking worldwide methods and schemes of laundering criminally used capital and developing countermeasures. To date, a set of 40 FATF recommendations and 9 Special Recommendations for Countering The Financing of Terrorism is a set of universal standards that lead to a successful fight against money laundering. The new version of this document was adopted in 1996, 2003 and 2012. One of FATF activities is to define so-called non-cooperative countries and territories and make their list, which is called the «blacklist». Although the country's inclusion in the "blacklist" does not lead to the application of sanctions by the world community, it indicates a degree of trust in it on the part of foreign investors. Lacking the status of an international legal act, FATF's recommendations in practice received general recognition as universal international standards in the field of anti-money laundering. Successful work on counteracting the laundering of dirty funds should be carried out simultaneously at two levels – at international and national levels. FATF functions – to monitor the processes of implementation of such measures, to study ways and techniques of money laundering, to develop preventive and preventive measures, to promote the global implementation of anti-money laundering standards. FATF's recommendations in practice received general recognition as universal international standards in the field of anti-money laundering. Every year FATF organizes meetings on the analysis of methods and trends related to combating the laundering of criminal proceeds and financing of terrorism.

Key words: dirty money, blacklist, recommendations, money laundering, terrorist financing, universal international standards, anti-dirty money laundering.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.69

УДК 341

Н.В. ПЛАХОТНЮК, М.А. ІРЖОВА

*Наталія Вікторівна Плахотнюк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного торговельно-економічного університету**

ORCID: 0000-0002-1357-4041

*Марина Андріївна Іржова, студентка IV курсу Київського національного торговельно-економічного університету***

ORCID: 0000-0002-6993-6208

ЮРИСДИКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ ЩОДО ЗЛОЧИНУ АГРЕСІЇ

Постановка проблеми. Хоча злочин агресії визнаний одним із найтяжчих міжнародних злочинів, міжнародно-правове регулювання цього злочину значно відстає від інших міжнародних злочинів, таких як геноцид, воєнні злочини та злочини проти людяності. Спочатку термін «міжнародний злочин» виник для характеристики в першу чергу агресивної війни. Норми, що забороняють агресію, належать до імперативних норм сучасного загального міжнародного права, відхилення від яких вважається неприпустимим.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В українській та зарубіжній доктрині з питання визначення сутності злочину агресії присутня певна єдність: практично всі автори однозначно заявляють про те, що агресія являє собою найнебезпечніший міжнародний злочин, і в цілому вони абсолютно праві. Клаус Кресс – професор кримінального права і міжнародного публічного права в університеті Кельну у своїй праці «Про приведення в дію юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо злочину агресії» наголошує на тому, що змістовне визначення злочину агресії є вузьким – настільки вузьким, наскільки повинно бути визначення

© Н.В. Плахотнюк, М.А. Іржова, 2020

* *Nataliia Plakhotniuk, Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of Kyiv National University of Trade and Economics*

** *Maryna Irzhova, student of Kyiv National University of Trade and Economics*

злочину згідно з міжнародним правом, і юрисдикційний поріг для того, щоб суд міг забезпечити юрисдикцію стосовно цього злочину, жорсткий – жорсткіше, ніж це бажано.

Формулювання мети статті. Зважаючи на вищенаведені дані, можемо сформулювати основну мету нашої роботи – проаналізувати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду щодо злочину агресії, зосередившись на процедурі притягнення до відповідальності за даний злочин згідно з Римським Статутом.

Виклад основного матеріалу. Агресією називалися різні військові акції і міжнародні збройні зіткнення, що мали місце протягом холодної війни. У новітній історії не інакше як агресія визначалися бомбардування НАТО території колишньої Югославії¹. Багато європейських авторів саме агресією назвали військову операцію об'єднаних Штатів та їхніх союзників в Іраку². Прецедентами покарання за акти агресії в міжнародних відносинах стали військові трибунали у Нюрнберзі і Токіо після Другої світової війни. Стаття 6 (а) Статуту Нюрнберзького трибуналу визначає злочином проти миру саме «планування, підготовку, розв'язання або ведення агресивної війни або війни з порушенням міжнародних договорів, угод або запевнень, або участь у загальному плані чи змові для здійснення будь-якого з вищенаведених діянь»³.

Тож представники міжнародного співтовариства в другій половині ХХ ст. задумались над заснуванням міжнародної установи для притягнення до відповідальності винних у скоєнні тяжких міжнародних злочинів, що загрожують миру, безпеці та добробуту всієї світової спільноти. У результаті плідної праці був заснований Міжнародний кримінальний суд (далі – МКС), орган, який уповноважений здійснювати юрисдикцію щодо осіб, відповідальних за найтяжчі міжнародні злочини, що викликають занепокоєння міжнародного співтовариства.

Для МКС установчим актом виступає Римський статут 1998 р., положення якого чітко визначили юрисдикцію суду⁴. Згідно зі ст. 5 Римського статуту юрисдикція суду обмежується найбільш серйозними міжнародними злочинами, які викликають занепокоєння всього міжнародного співтовариства, а саме: злочин геноциду (ст. 6); злочини проти людяності (ст. 7); військові злочини (ст. 8); злочин агресії. У п. 1 (d) ст. 5 Римського статуту передбачалося, що суд володіє юрисдикцією щодо злочину агресії, однак, у п. 2 цієї ж статті на той час зазначалося, що суд може здійснювати юрисдикцію щодо цього злочину лише після того, як визначення поняття агресії буде прийняте і внесене до Статуту МКС⁵.

17 липня 2018 р. сталася історична подія для міжнародного кримінального права та міжнародної кримінальної юстиції – все «прогресивне людство» відзначило 20-річчя прийняття Римського статуту. 11 червня 2010 р. в ході Кампальської конференції держав – учасниць Римського Статуту до нього були внесені вагомі поправки, які й визначили ознаки агресії як міжнародного злочину, а також надали пояснення як буде здійснюватись юрисдикція Міжнародного кримінального суду щодо злочину агресії у разі передачі ситуації будь-якою державою або Радою Безпеки ООН. Тоді ж були прийняті відповідні доповнення до елементів злочинів та офіційне роз'яснення змісту внесених поправок.

Згідно з Кампальським додатком 2 було додано нову ст. 8 bis «Злочин агресії»⁶, яка в п. 1 містить визначення акту агресії індивіда. У цілому злочин агресії продовжує носити міждержавний характер, так як акт агресії в п. 2 визначено як «застосування збройної сили проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом ООН».

Більшість представників наукової громадськості були неймовірно задоволені прийняттям вищеназваних поправок. Це було кроком до створення «нового механізму для забезпечення основоположних принципів міжнародного права». А набуття чинності поправок про визначення агресії розцінювалося як «ефективний інструмент», покликаний сприяти «зміцненню правових засад міжнародного правопорядку – такого правопорядку, в якому мир і правосуддя є глобальними цінностями»⁷.

В системі підтримки миру та міжнародної безпеки провідна роль належить Раді Безпеки ООН. Проте МКС не є органом, який залежить від Ради Безпеки, на відміну від ad hoc трибуналів. Баланс між системою підтримки миру і безпеки та юрисдикцією суду вже знайдений і закріплений у Статуті. Йдеться насамперед про можливість призупинення розслідування (ст. 16); а також про право передачі ситуації в суд (ст. 13 «б»). Вагоме рішення було прийнято щодо ситуації, коли Рада Безпеки не виносить ухвали щодо акту агресії і як в такому випадку має діяти МКС. Обвинувач повинен проінформувати Раду Безпеки і співпрацювати з нею.

Пункти 6–8 ст. 15 bis Римського Статуту передбачають умови щодо здійснення юрисдикції і процедурні вимоги щодо МКС в його взаєминах з Радою Безпеки ООН. Згідно з ними Рада Безпеки після повідомлення прокурором про намір розпочати розслідування сама визначає, чи було вчинено акт агресії. Якщо є відповідне рішення Ради Безпеки ООН, воно підлягає примусовому виконанню незалежно від статусу участі в Римському статуті «заінтересованої держави» і визнання ним юрисдикції самого Міжнародного кримінального суду. Як завжди, є одне істотне **але**: а якщо такою «заінтересованою державою» виявиться постійний член самої Ради Безпеки, що володіє правом вето. Великий відсоток взаємних звинувачень у вчиненні актів агресії припадає на США та їх союзників, а також на Росію. В такій ситуації не може йтися про притягнення до відповідальності, адже постійні члени Ради Безпеки наділені повноваженнями накладати вето. Аналізуючи реалії сьогодення, ми можемо помітити, що три з п'яти держав – постійних членів Ради Безпеки в Міжнародному кримінальному суді не беруть участь. Отже, основоположна роль у визначенні юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо злочину агресії належить Раді Безпеки ООН, а найбільші переваги мають п'ять постійних членів Ради Безпеки та їх союзники⁹.

На прикладі США, які є постійним членом Ради Безпеки ООН, можна проаналізувати ставлення до самого Міжнародного кримінального суду і теоретичної можливості встановлення його юрисдикції щодо

американських громадян. Так, яскравим прикладом може слугувати ситуація, яка сталась в 2017 р., коли прокурор Міжнародного кримінального суду Ф. Бенсуда ініціювала розслідування з приводу можливо скоєних в Афганістані злочинів проти людяності та військових злочинів. Реакція США на таку заяву була різко негативною. Сама така можливість міжнародного звинувачення американських військовослужбовців і співробітників Центрального розвідувального управління в скоєнні передбачуваних злочинів була несумісною з ідеалами США.

Більше того, США нещодавно перейшли від стадії заперечення Міжнародного кримінального суду до прямого тиску на нього. Це сталось, коли вони запровадили в березні 2019 р. політико-правові санкції проти співробітників МКС, які були пов'язані з розслідуванням передбачуваних військових злочинів, скоєних військовослужбовцями США та їх союзниками в Афганістані. Також США в особі Державного секретаря погрожували введенням економічних санкцій проти Міжнародного кримінального суду, якщо останній буде продовжувати розслідувати злочини американських військовослужбовців.

Можна впевнено заявити, що подібна ситуація ймовірно станеться у випадку загрози міжнародного кримінального переслідування щодо громадян інших держав-постійних членів Ради Безпеки ООН. Для прикладу, Росія не має наміру визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, оскільки під неї теоретично можуть потрапити її громадяни у зв'язку зі збройним конфліктом на сході України.

Наразі існує два найсерйозніших обмеження у встановленні юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо злочину агресії на прохання держави, а саме:

– суд не може здійснювати свою юрисдикцію щодо злочину агресії, вчиненого громадянами держави, яка не є учасницею Римського статуту, або вчиненого на території такої держави (п. 5 ст. 15-bis);

– суд не наділений юрисдикцією щодо злочину агресії, попри те, що злочин був скоєний громадянами держави – учасниці Римського статуту, але сама ця держава заявила про невизнання такої юрисдикції (п. 4 ст. 15-bis).

У першому випадку слід зазначити, що з юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо злочину агресії виключаються громадяни всіх держав, які не підписали Римський статут або відкликали свій підпис.

У другому випадку питання полягає в тому, як саме юрисдикція Міжнародного кримінального суду буде здійснюватися в ситуаціях, пов'язаних із державами, що є учасницями Римського статуту.

Згідно з першою ситуацією суд не наділений юрисдикцією в ситуаціях, коли злочин скоєно на території або громадянином держави – учасниці Римського статуту, що не ратифікував поправки. Згідно з іншою позицією, ратифікація поправок державою-учасницею надає Міжнародному кримінальному суду «необхідний юрисдикційний зв'язок», згідно з ч. 2 ст. 12 Римського статуту. Це означає, що «суд, зокрема, здійснює юрисдикцію щодо злочину агресії, вчиненої на території держави-учасниці Статуту громадянином іншої держави, навіть якщо ця друга держава не ратифікувала поправки»¹⁰.

На даний момент виникає необхідність вступу до Міжнародного кримінального суду провідних держав – Китаю, Індії, Росії та США. Проте, якщо реально оцінити ситуацію, то можна констатувати факт, що в найближчому майбутньому це навряд чи трапиться. У першу чергу, заперечення у значній кількості держав викликали такі процедурні норми Римського статуту:

– стаття 12 – про можливість залучення в процес держави, що не бере участі в Міжнародному кримінальному суді та її громадян;

– стаття 20 – про можливість повторної кримінальної відповідальності в порушення принципу *non bis in idem*;

– стаття 27 – про можливість кримінальної відповідальності глав держав і вищих посадових осіб;

– статті 89 і 90 – про можливість передачі або видачі осіб під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, внаслідок чого виникає колізія між нормами Римського статуту та національним законодавством, оскільки відповідно до Конституції більшості держав заборонена сама можливість видачі своїх громадян міжнародним судовим органам¹¹.

Наведені норми були причиною того, що Римський статут відмовилися підписати Індія, Індонезія, Казахстан, Китай, Туреччина. Передбачаючи можливі порушення національного суверенітету і посягання на права своїх громадян підписи під Статутом відкликали США і Росія. Зокрема, США в 2002 р. прийняли Акт про захист американських службовців, що дозволяє силове втручання для виведення своїх громадян з-під можливої юрисдикції Міжнародного кримінального суду. Росія відкликала свій підпис під Римським статутом після того, як Міжнародний кримінальний суд почав «вивчення ситуації» в Україні. Такі дії більшості провідних країн світу не тільки позначаються на можливості ефективного міжнародного кримінального переслідування щодо злочину агресії, а й негативно вплинуть на міжнародну кримінальну юстицію в цілому.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, можна стверджувати наступне:

По-перше, спеціальна юрисдикція щодо злочину агресії ґрунтується на згоді держав. Буде достатньо лише пасивної згоди у формі утримання від виходу з-під юрисдикції суду щодо злочину агресії.

По-друге, незважаючи на колізії, які виникають між нормами національного кримінального законодавства і положеннями Статуту МКС, процедура притягнення до відповідальності за злочини агресії є ефективним правовим інструментом, спрямованим на підтримку міжнародного миру та безпеки.

По-третє, тривалий процес формулювання та прийняття визначення злочину агресії на міжнародному рівні мав успіх, проте глибинний його розгляд дає змогу зробити висновок про незавершеність цього процесу.

- ¹ Курс уголовного права / под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комисарова. Москва : Зерцало-М, 2002. Т. 5 : Особенная часть. 512 с.
- ² Кибальник А.Г. Развитие определения агрессии в международном праве. *Библиотека криминалиста*. 2011. № 1. С. 181–188.
- ³ Важна К.А. Концепція кримінальної відповідальності держави: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. Київ, 2013. 243 с.
- ⁴ About the Court. The official site of the International Criminal Court. URL: <http://www.10a.icc-cpi.info/index.php/en/about>
- ⁵ Римский статут Международного уголовного суда от 17.07.1998 г. URL: [http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute\(r\).pdf](http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf)
- ⁶ Elements of Crimes (International Criminal Court, 2011. URL: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>
- ⁷ Глотова С.В. Преступление агрессии: некоторые правовые проблемы определения в Нюрнбергском Уставе и Римском Статуте Международного уголовного суда. *Московский журнал международного права*. 2017. № 2. С. 87–96.
- ⁸ Schabas W. The International Criminal Court: Struggling to Find its Way. *Realizing Utopia: The Future of International Law* / ed. A. Cassese. Oxford Univ. Press, 2012. P. 250–260.
- ⁹ Тимошков С.Г. Агрессия как международное преступление: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. Москва, 2016. 26 с.
- ¹⁰ Креф С. On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression. *Mezhdunarodnoe pravosudie = International Justice*, 2018, № 2. P. 77–89.
- ¹¹ Тимошков С.Г. Формирование юрисдикции Международного уголовного суда в отношении преступления агрессии. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2017. № 3. С. 136–141.

Резюме

Плахотнюк Н.В., Іржова М.А. Юрисдикція Міжнародного кримінального суду щодо злочину агресії.

У статті підкреслюється, що злочин агресії вважається найбільш тяжким злочином проти миру, починаючи з часів Нюрнберзького трибуналу, що визнається як вітчизняною, так і західною доктриною. Поправки, які були внесені в Римський статут у 2010 р., визначили ознаки агресії як міжнародного злочину та роз'яснили правила здійснення юрисдикції Міжнародного кримінального суду. Оптимістичні очікування в плані встановлення ефективної юрисдикції суду щодо даного міжнародного злочину виявилися зруйнованими. У результаті зроблено висновок, що ефективне міжнародне кримінальне переслідування щодо злочину агресії можливе лише за умови перегляду тих норм Римського статуту, які викликають найбільш негативну реакцію у провідних держав.

Ключові слова: агресія, міжнародний злочин, міжнародна кримінальна юстиція, Римський статут, Міжнародний кримінальний суд.

Резюме

Плахотнюк Н.В., Іржова М.А. Юрисдикция Международного уголовного суда касательно преступления агрессии.

В статье подчеркивается, что преступление агрессии считается самым тяжелым преступлением против мира, начиная со времен Нюрнбергского трибунала, что признается как отечественной, так и западной доктриной. Поправки, внесенные в Римский статут в 2010 г., определили признаки агрессии как международного преступления и разъяснили правила осуществления юрисдикции Международного уголовного суда. Оптимистичные ожидания в плане установления эффективной юрисдикции суда по данному международному преступлению оказались разрушенными.

В результате сделан вывод, что эффективное международное уголовное преследование в отношении преступления агрессии возможно лишь при условии пересмотра тех норм Римского статута, которые вызывают наиболее негативную реакцию ведущих государств.

Ключевые слова: агрессия, международное преступление, международная уголовная юстиция, Римский статут, Международный уголовный суд.

Summary

Nataliia Plakhotniuk, Maryna Irzhova. The jurisdiction of the International Criminal Court for the crime of aggression.

The article emphasizes that the crime of aggression is considered the most serious crime against peace since the Nuremberg Tribunal, which is recognized by both domestic and Western doctrine. Amendments to the Rome Statute in 2010 defined signs of aggression as an international crime and clarified the rules for exercising the jurisdiction of the International criminal court. Optimistic expectations for establishing effective jurisdiction of the court over this international crime have been dashed. As a result, it is concluded that effective international criminal prosecution of the crime of aggression is possible only if the norms of the Rome Charter that cause the most negative reaction from the leading States are reviewed.

It should be noted that in respect of a state that is not a party to the Rome Statute, the Court will not exercise its jurisdiction over the crime of aggression committed by nationals of that state or on its territory.

The International criminal court should serve as a symbol of international justice, which makes just decisions related to violations of international law. As for the procedure for implementing the proceedings of the International criminal court, it is worth noting that such a procedure for executing the decision of the ISS is double. The dual procedure for the enforcement of decisions of the International Criminal Court is the Foundation of the Rome Charter and represents a new system in the history of public international law in the field of international responsibility.

Thus, it is possible to see that although at first glance the long process of formulating and adopting a unified definition of the crime of aggression at the international level to succeed, thorough the consideration allows you to comprehend the profound incompleteness of this process. Features of the crime of aggression provided for in the draft edits the Rome Statute, as well as the amendment mechanism itself, illustrate the real lack of a mechanism for holding individuals internationally responsible for its Commission, as well as the rather disappointing prospect of positive changes in the near future.

Despite the conflicts that arise between the norms of national criminal law and the provisions of the ISS Charter, the procedure itself is an effective legal instrument aimed at maintaining international peace and security. The joint work of the International Criminal

Court and the UN Security Council makes it possible to try cases of international crimes and take effective measures to counter such crimes. As a key component of the International criminal justice system, the International criminal Court is one of the most significant institutions of international criminal law, which is constantly developing and to a certain extent affects the patterns in the development of mechanisms for the investigation of international crimes and the protection of human rights at the international and national levels.

Key words: aggression, international crime, international criminal justice, Rome Statute, International criminal court.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.70

УДК 349.6(100)

О.О. ХАРЧУК

*Олександр Олександрович Харчук, кандидат
юридичних наук, доцент**

ORCID: 0000-0002-0552-8205

ЕКОНОМІЧНА СКЛАДОВА РЕАЛІЗАЦІЇ СТАЛОГО РОЗВИТКУ

Постановка проблеми. Питання сталого розвитку знаходяться на порядку денному міжнародного співтовариства. До таких питань можна віднести соціальні, економічні та екологічні. Саме ці питання ключові у обговоренні. Держави невпинно шукають шляхи подолання бідності, вирішення проблем клімату і пошуку нових, більш ефективних шляхів економічної співпраці. Водночас перебіг подій на міжнародній арені засвідчує складність пошуку спільного знаменника. На перешкоді стають власні інтереси, небажання обтяжувати себе додатковими зобов'язаннями, відсутність єднаючого стрижня у баченні кінцевого результату. Незважаючи на декларування «справедливості для всіх поколінь» у задоволенні сучасних потреб людства не враховується благополуччя майбутніх поколінь. Світове співтовариство дедалі частіше стикається із гострими політичними, соціальними та економічними ситуаціями. За цих обставин виникла потреба посилення ролі міжнародного управління процесом розвитку, а не лише здійсненням міжнародної співпраці. Останній потребує, щоб держави відповідали критеріям такого розвитку. Один із ключових критеріїв – це виважена економічна, соціальна та економічна політика; із подальшим втіленням на національних рівнях. Остання має бути логічним продовженням узгоджених дій світової спільноти. Лише у поєднанні цих двох рівнів можна досягти виявлення суперечностей з їх подальшим подоланням, тобто започаткуванням системи глобального керівництва такими процесами. Звісно, досягненню глобального рівня має передувати пошук консенсусу на регіональному, багатосторонньому, а подекуди й двосторонньому, і роль міжнародних організацій у цьому процесі повинна бути провідною.

Фактично сталий розвиток можна звести, зокрема, до таких ключових напрямів реалізації: економічний розвиток, придатне для проживання середовище, соціальний прогрес і відповідальність за природне середовище. Звісно, кожен із цих напрямів можна поділити на цілі із більш конкретними сферами діяльності: інновації, управління ризиками, зайнятість населення і підвищення його кваліфікації, дотримання прав людини, покращення рівня охорони здоров'я, збереження чистого повітря і води, екологічне правосуддя тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання сталого розвитку становить значний науковий інтерес. Дослідженню тих чи інших аспектів цього явища присвячено праці таких українських учених, як Б.В. Бабіна, В.А. Василенка, І.І. Лукашука, Н.Д. Янчук.

Зарубіжними вченими також немало уваги було приділено праву на розвиток. Так, це питання досліджувалося М. Беджауї, К. Васакою, Л.М. Ентінім, С.В. Масловою, Ю.М. Колосовим, О. Ріверою, Г.І. Тункінін та ін.

Формулювання мети статті. Виходячи із вищевикладеного, **мета** статті полягає у розкритті ролі економічної складової в реалізації сталого розвитку.

Виклад основного матеріалу. Актуальність питання розвитку віддзеркалюють міжнародні відносини. Сталий розвиток бере свій початок із концепції нового міжнародного економічного порядку. Остання виникла у шістдесятих роках ХХ ст. Тоді в основу НМЕП було покладено несправедливість економічної системи для країн, що розвиваються, зумовлені зовнішньою заборгованістю, наслідками діяльності транснаціональних корпорацій, відсутністю технологій, нездатністю виробляти готову продукцію. Але реалізація НМЕП у правовій площині закінчилася прийняттям Принципів міжнародних торговельних відносин і торговельної політики, що сприяють розвитку, Декларації і Програми дій зі встановлення нового міжнародного економічного порядку, Хартії економічних прав і обов'язків держав. Водночас уся ця правова основа носила характер «м'якого права». Як наслідок, було створено низку міжнародних механізмів допомоги країнам, що розвиваються. Так, було започатковано механізм міжнародної фінансової допомоги, Фонд компенсаційного фінансування, програму субсидій для країн Африки, Карибського басейну та Тихого океану, Фонд для боротьби з бідністю і забезпечення зростання, Фонд МВФ для надання допомоги у випадку зовнішніх потрясінь, фонд

МВФ для коректування платіжних балансів, механізм інтеграції торгівлі (при МВФ), Механізм митних преференцій, механізм регулювання торгівлі сировинними товарами, механізм регулювання боргів країн, що розвиваються¹. Фактично, в подальшому держави зіткнулися із посиленням ролі міжнародних інституційних утворень у поєднанні із тенденцією до зростання опору прийняття обов'язкових рішень з боку розвинених держав. Виникнення поняття «сталого розвитку» пов'язують із діяльністю Міжнародної комісії з навколишнього середовища, створеною в 1983 р. під егідою ООН. Комісією очолювала Гарлем Брутландт, і тому її зазвичай називають «Комісією Брутландт». Діяльність комісії була спрямована на підготовку доповіді в контексті Всесвітньої стратегії охорони природи. Водночас сталий розвиток не міг обмежитися діями виключно у природоохоронній сфері і, зумовлював потребу використання комплексного підходу в проведенні змін розвитку світової спільноти. Держави зіткнулися із необхідністю поєднання екологічного фактору з економічним та соціальним. Фактично початок 1990-х рр. ознаменував початок становлення концепції сталого розвитку.

До ядра ідеї сталого розвитку входить визнання необхідності сталого розвитку суспільств, здатних забезпечувати свободу і гідне життя своїм громадянам. Основні смисли та імперативи ідеї полягають у свободі, рівності, солідарності, верховенстві права, людській гідності, толерантності, дотриманні загальнолюдських цінностей. Зазначене виступає комплементарними настановами, що посилює їх впливовість та значущість як регуляторів сталого розвитку.

Станом на сьогодні фактично світ підходить до межі того, що не втілення сталого розвитку буде залежати від потуг світової спільноти, а вплив чинників соціального, економічного та кліматичного характеру зумовлюватиме напрями розвитку міждержавних відносин загалом і державних політик на національних рівнях зокрема. Фактично подальший економічний розвиток людства може стати причиною виснаження природних ресурсів та згубного впливу на навколишнє середовище. Намагання розвинених країн дистанціюватися від реалізації стратегії сталого розвитку не сприяє виникненню атмосфери довіри та порозуміння.

Водночас право розвитку покладає на суб'єктів міжнародних економічних відносин обов'язок безпосередньо не лише брати участь у цьому процесі, а й не перешкоджати йому, створювати сприятливі умови розвитку. Країни мають право самостійно визначати шляхи свого розвитку і забезпечувати його здійснення. Своєю чергою, проведення економічного розвитку передбачає необхідність впровадження процесів індустріалізації і модернізації виробничих потужностей, диверсифікації торговельних відносин. Важливим елементом здійснення права на розвиток виступає розроблення дієвих механізмів міжнародної співпраці². Разом із тим міжнародним економічним відносинам характерні: поглиблення інтернаціоналізації, зростання рівня взаємозалежності учасників, виникнення якісно нових засобів та форм взаємодії суб'єктів, посиленням явищ протекціонізму власних економічних інтересів, наявність гострих протиріч між політичною та правовою складовою у міждержавних відносинах, небажання держав перетворювати норми «м'якого права» на загальнообов'язкові.

Водночас міжнародне право нерозривно пов'язане із питаннями сталого розвитку, адже забезпечення безпеки, як одного з провідних загальноновизнаних принципів міжнародного права, неможливе без дотримання концепції сталого розвитку. Втілення останньої визначає завдання та окреслює проблеми, які підлягають вирішенню. Концепція сталого розвитку фактично перетворюється на глобальний напрям руху держав, і від усвідомлення необхідності її дотримання залежить спільне майбутнє.

Інституційна складова права сталого розвитку.

Право на розвиток не можна собі уявити без інституціональних механізмів міжнародного економічного права. Одним із них виступає Конференція ООН з торгівлі і розвитку (далі – ЮНКТАД). Вона здійснює діяльність, покликану допомогти країнам, що розвиваються, інтегруватися в глобальну економічну систему і виступає другою за значущістю міжнародною організацією після Світової Організації Торгівлі (далі – СОТ)³. Іншим таким міжнародним механізмом є Організація Об'єднаних Націй з промислового розвитку (далі – ЮНІДО), яка також присвячує увагу розробці цього питання. Достатньо згадати хоча б той факт, що 2–6 грудня 2013 р. відбулася XV сесія Генеральної конференції ЮНІДО, робота якої була присвячена Лімській Декларації як засобу досягнення загального і сталого промислового розвитку. За результатами обговорення було прийнято Резолюцію GC.15/Res. 1, у п. 2 якої зазначено, що рушійною силою розвитку виступає індустріалізація, водночас окремо наголошується на необхідності промислового розвитку з метою досягнення економічного зростання⁴.

Питанню розвитку приділяють увагу й інші міжнародні організації. Так, на європейському континенті функціонує Організація економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР), яка в своїй діяльності охоплює не лише країни Європи, а й залучає до співпраці країни Азійського та Американського континентів, координуючи їх роботу у сфері розвитку.

Світова організація торгівлі, яка прийшла на зміну ГАТТ, також не стоїть осторонь проблем розвитку. Так, СОТ підтвердила систему загальних преференцій, на якій базуються торговельні відносини між ЄС та значною кількістю країн, що розвиваються.

Зрозуміло, що діяльність інституційних установ на глобальному, регіональному і субрегіональному рівнях сприяє розвитку партнерських відносин на міждержавному рівні з метою досягнення розвитку. Співпраця держав на інституційному рівні впливає на формування сучасного міжнародного економічного порядку, прискорює створення важливих концептуальних положень правового, економічного і політичного характеру та сприяє загальносвітовому розвитку.

Своєю чергою, проведення економічного розвитку передбачає необхідність впровадження процесів індустріалізації і модернізації виробничих потужностей, диверсифікації торговельних відносин. Важливим елементом здійснення права на розвиток виступає розроблення дієвих механізмів міжнародної співпраці. Перетворення в цьому напрямі потребують скоординованості дій, взаємної відповідальності й звітності, заінтересованості та ефективності. Саме посилення прозорості і підзвітності у використанні допомоги на розвиток сприятиме створенню ефективних і взаємовигідних партнерських відносин у цій сфері.

Зрозуміло, що діяльність інституційних установ на глобальному і регіональному рівнях сприяє розвитку партнерських відносин на міждержавному рівні з метою досягнення розвитку. Співпраця держав на інституційному рівні впливає на формування сучасного міжнародного економічного порядку, прискорює формування важливих концептуальних положень правового, економічного і політичного характеру та сприяє загальносвітовому розвитку. Водночас процес відбувається не просто. Тут на перешкоді стають фактори, що зумовлюють досягнення у сфері сталого розвитку пропорційно рівню міжнародної співпраці та довіри.

Виклики сталому розвитку:

- держава має відповідати вимогам сталого розвитку;
- держави мають бути готові якщо не системного глобального управління, то, принаймні, до регіонального чи багатостороннього;
- держави мають дійсно навчитися узгоджувати свої дії;
- держави повинні уникати проявів, спрямованих на дестабілізацію та не сприяти встановленню сталої нерозвиненості окремих держав чи потуранню цьому процесу;
- у світі відчувається поступове виникнення ресурсного голоду;
- слід встановити межі «гуманітарних інтервенцій» у контексті реакції держав на кризові явища у інших учасників міждержавних відносин;
- все відчутнішим стає неповноцінне залучення міжнародних інституцій;
- парадигма досягнення сталого розвитку потребує реформування інституційного механізму, набуття ним рис гнучкості та відповідності потребам часу;
- вплив кризових екологічних явищ стає дедалі відчутнішим;
- рівень соціальної нерівності поглиблюється, що призводить до виникнення явищ, спрямованих на спроби досягнути загального світосприйняття на окремих началах (напр. ІДЦІ) та протиставленню цього іншої частини світу;
- держави використовують міжнародні відносини для реалізації наступальних стратегій, що базуються на засадах інформаційно-психологічної боротьби;
- нормою сьогодення стає вихід із багатосторонніх угод чи ведення торговельних війн.

Фактично, без переосмислення ідеї розвитку і переорієнтації держав із показників зростання як кількісних на показники розвитку як якісних, вочевидь, не можна сьогодні говорити про прогрес у цьому напрямі. Тому питання екології, клімату, соціальної нерівності – невід’ємна складова не лише міжнародно-правового рівня, а й національного. Новою парадигмою розвитку міжнародних відносин має стати розвиток від економічного зростання до сталого у широкому сенсі.

На сьогодні лунають заклики до держав реалізувати подальший розвиток міжнародних відносин, підпорядковуючи його можливому переходу до системи глобального управління⁵. Водночас наявні суперечності навряд чи зроблять цей шлях здійсненим у найближчому майбутньому. Швидше реалізація колективних цілей на регіональному рівні може стати більш здійсненною, ніж бажання стати елементом системи глобального управління. Держави, як і раніше, незважаючи на декларовані цілі, вдаються до використання як правових, так і політичних важелів. Наприклад, розвинені країни намагаються перекласти значну частину відповідальності на країни, що розвиваються. Так, розвинені країни невпинно працюють над енергоефективністю, комп’ютеризацією, екологічними технологіями, водночас не забезпечуючи до своїх здобутків рівного доступу. Це призводить до посилення нерівності, оскільки ставить країни, що розвиваються, перед вибором: або витратами на отримання технологій, або реінвестуванням у власну економіку. Тому напрацювання і реалізація міжнародних програм у межах стратегій сталого розвитку дає змогу отримати більшу віддачу саме розвиненим державам. Останні, здобуваючи успіхи, отримують прибутки від продажу технологій іншим та посилюють таким чином свої позиції на міжнародній арені. Це незворотно призведе до виникнення на порядку денному питання про роль та статус окремих держав у вирішенні проблем усього людства.

Україна не стоїть осторонь світових процесів. Водночас розвиток міжнародної співпраці нашої держави доволі строкатий. Питання співпраці у контексті сталого розвитку значною мірою гальмує, незважаючи на участь нашої держави у багатьох міжнародних ініціативах. Так, напрацювання України в питанні сталого розвитку значною мірою потерпають від:

- відсутності капіталовкладень;
- донедавна відсутності діджиталізації;
- суцільно негативного досвіду у відносинах інвестора і держави;
- непрогнозованості державної політики;
- неспроможності виробляти готову конкурентоспроможну продукцію, натомість експорт сировини;
- системного ігнорування екологічних загроз;
- посилення соціально-економічного розшарування суспільства;
- відсутності глибоких і послідовних системних перетворень та нездатності протистояти світовим викликам.

В Україні діють регіональні агенції зі сталого розвитку та Громадське об'єднання «Всеукраїнська агенція інвестицій та сталого розвитку». Водночас окремої державної установи з цього питання немає. Реалізації сталого розвитку в Україні притаманна декларативність та галузева розпорошеність. Відсутність керівного центру нівелює визначену Указом Президента України від 30 вересня 2019 р. № 722/2019, державну політику у сфері впровадження сталого розвитку. Тобто відсутність дієвої системи моніторингу реалізації Цілей сталого розвитку України засвідчує відсутність розроблення проєктів прогнозних і програмних документів, проєктів нормативно-правових актів з метою забезпечення збалансованості економічного, соціального та екологічного вимірів сталого розвитку нашої країни.

Висновки. Отже, сталий розвиток потерпає від відсутності єдиної нормативно-правової бази, яка б дозволила визначити, що можна вважати загальновизначеними принципами і нормами, адже саме з їх допомогою можна було б усунути прогалини в положеннях міжнародних договорів. Праву сталого розвитку притаманна розгалуженість секторальних нормативно-правових положень. Відсутність єдиного підходу в розумінні принципів сталого розвитку призводить до складнощів у розумінні керівних засад реалізації такого розвитку з позицій змісту. Реалізація сталого розвитку на національних рівнях являє собою непросте завдання у зв'язку із розмитістю національних законодавств, недостатністю фінансування та відсутністю належного інституційного потенціалу. Важливим елементом здійснення права на розвиток виступає розроблення дієвих механізмів міжнародної співпраці. Перетворення в цьому напрямі потребують координованості, взаємної відповідальності й звітності, заінтересованості та ефективності. Саме посилення прозорості та підзвітності у використанні допомоги на розвиток сприятиме створенню ефективних і взаємовигідних партнерських відносин у цій сфері, усуненню деструктивної різновекторності. Водночас світ намагається прогнозувати майбутнє, а Україна існує в умовах малої прогнозованості. Українське суспільство оглядається у своє минуле і не готується до викликів не лише майбутнього, а й сьогодення.

¹ Курс міжнародного права : учебник / В.Л. Толстых. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 992–995.

² Aktualne problem prawa Polski i Ukrainy / pod redakcja: Andrzeja Szmyta, Jurija Boszyckiego, Jacuba Steliny, Wiczeslawa Iwanowa. Gdansk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdanskiego. 2018. P. 501.

³ Дюмулен И.И. Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) 50 лет. *Российский внешнеэкономический вестник*. 2014. № 8. С. 16–17.

⁴ Лимская декларация: Путь к достижению всеохватывающего промышленного развития: резолюция XV сессии Генеральной конференции ЮНИДО GC.15/Res. 1. URL: www.unido.org/fileadmin/user.../Lima_Declaration_RU_web.pdf

⁵ Малеев Ю.Н. Международное управление устойчивым развитием: пределы необходимого и возможного. *Московский журнал международного права*. 2015. № 4. С. 63.

Резюме

Харчук О.О. Економічна складова реалізації концепції сталого розвитку.

У статті розглянуто проблему реалізації права на розвиток в міжнародному економічному праві в контексті розвитку міжнародного співробітництва. Розглянуто нормативну складову права на розвиток. Проаналізовано зв'язок права на розвиток з системою принципів міжнародного економічного права. Визначено нормативне закріплення елементів права на розвиток в міжнародно-правових актах. Показано застосування права на розвиток в практиці міжнародних організацій. Також у статті розглянуто виклики сьогодення сталому розвитку.

Ключові слова: право на розвиток, принцип, міжнародне економічне право, міжнародні економічні відносини, міжнародне співробітництво, міжнародні організації.

Резюме

Харчук А.А. Экономическая составляющая реализации концепции устойчивого развития.

В статье рассмотрено проблему реализации права на развитие в международном экономическом праве в контексте развития международного сотрудничества. Рассмотрена нормативная составляющая права на развитие. Проанализирована связь права на развитие с системой принципов международного экономического права. Определено нормативное закрепление элементов права на развитие в международно-правовых актах. Показано применение права на развитие в практике международных организаций. Также в статье рассмотрены вызовы современному устойчивому развитию.

Ключевые слова: право на развитие, принцип, международное экономическое право, международные экономические отношения, международное сотрудничество, международные организации.

Summary

Oleksandr Kharchuk. Economic component of the sustainable development concept.

The article deals with the problem of the realization of the right to development in international economic law in the context of the development of international cooperation. The normative component of the right to development is considered. The relationship between the right to development and the system of principles of international economic law is analyzed.

The normative fixing of the elements of the right to development in international legal instruments is defined. The application of the right to development in the practice of international organizations is shown. The article also discusses the challenges of today's sustainable development.

Sustainable development is based on three main elements: environmental, economic and social equality. The right to development can't be imagined without the institutional mechanisms of international economic law. It is clear that the activities of institutional insti-

tutions at the global, regional and subregional levels contribute to the development of partnerships at the interstate level in order to achieve development. Cooperation of states at the institutional level influences the formation of the modern international economic order. Implementing sustainable development at the national level is a difficult task due to the vagueness of national legislation, lack of funding and lack of adequate institutional capacity. An important element in exercising the right to development is the development of effective mechanisms for international cooperation. Transformations in this direction require coordination, mutual responsibility and accountability, interest and efficiency. It is clear that the activities of international institutions at the global, regional and subregional levels promote the development of partner relations at the interstate level in order to achieve development. Cooperation of states at the institutional level affects the formation of modern international economic order, accelerates the formation of important conceptual provisions of a legal, economic and political nature and promotes global development. Transformation in this direction requires coordination of action, mutual accountability and reporting, interest and effectiveness. The enhancement of transparency and accountability in the use of development provides assistance in creation of effective and mutually beneficial partnerships in this area.

Key words: the right to development, the principle, international economic law, international economic relations, international cooperation, international organizations.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.71

УДК 341.1.8

О.О. ЗАДОРЖНИЙ

*Олександр Олександрович Задоржний, аспірант
Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0002-9770-894X

ПРИВАТНІ КОСМІЧНІ ПОЛЬОТИ: ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ В США

Постановка проблеми. Поява попиту на космічні подорожі, виникнення комерційних підприємств та туристичних агенцій у сфері космічної індустрії, розробка транспортних засобів, призначених винятково для перевезення туристів у космос – усе це свідчить про те, що космос незабаром може перетворитися з об'єкта наукового дослідження на звичайну дестинацію. Тому на сьогодні правове регулювання приватних космічних польотів є перспективним питанням з огляду на те, що подібного законодавства в Україні нема. Ми звертаємося до аналізу законодавства Сполучених Штатів Америки, щоб оцінити, який масив нормативно-правового врегулювання нам доведеться опанувати, якщо забажаємо розвивати приватні космічні польоти й у себе.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичні засади дослідження приватних космічних польотів розглядалися автором на базі опрацювання праць науковців у галузі загального міжнародного права, міжнародного та національного космічного права, інших галузей права, таких як: І.П. Андрушко, Л.П. Ануфрієва, О.В. Беглий, К.А. Бекашев, У. Больман, М. Вільямс, Д. Волтер, Д. Габрінович, О.М. Григоров, В.Н. Денисов, Р. Джаху, Г.П. Жуков, О.П. Каменецька, Ю.М. Колосов, В.П. Кононенко, Е.С. Кривчикова, К. Крістол, П. Ларсен, Ф. Ляйл, Н.Р. Малишева, Дж. Пелтон, Дж. Сміс, І. Сурбес-Вержер, С. Фріланд, Н. Хедман, Ш. Хобе, Б. Шмідт-Тедд, О.В. Яковенко та ін.

Формулювання мети статті. Основною метою статті є розгляд законодавства Сполучених Штатів Америки як модельного в сфері регулювання приватних космічних польотів.

Виклад основного матеріалу. Приватний космічний політ – це космічний політ або розвиток технології космічних польотів, який проводиться та оплачується суб'єктом господарювання, відмінним від державного органу. Також дане поняття можна охарактеризувати як комерційну космічну діяльність.

У Національній космічній політиці Сполучених Штатів Америки, опублікованій 28 червня 2010 р., президент США Барак Обама визначив «комерційну космічну діяльність» таким чином:

Термін «комерційний» для цілей цієї політики стосується космічних товарів, послуг або видів діяльності, що надаються підприємствами приватного сектору, які несуть розумну частину інвестиційного ризику та відповідають за свою діяльність, працюють відповідно до типових ринкових принципів, стимулюють контроль за витратами та оптимізують рентабельність інвестицій і мають правоздатність пропонувати ці товари чи послуги існуючим або потенційним неурядовим споживачам¹.

Залежно від мети приватні космічні польоти поділяються на польоти з метою перевезення вантажів та польоти в рамках космічного туризму.

Щодо польотів з метою перевезення вантажів, то у перші десятиліття космічної ери урядові космічні агенції США та Радянського Союзу стали піонерами космічної техніки у співпраці з афілійованими конструкторськими бюро СРСР та приватними компаніями США, повністю фінансуючи як розвиток нових космічних польотних технологій, так і експлуатаційні витрати на космічні польоти.

© О.О. Задоржний, 2020

* *Oleksandr Zadorozhny, Postgraduate student of the Institute of International Relations Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Першим етапом приватної космічної експлуатації був запуск перших комерційних супутників зв'язку. Закон США про супутники зв'язку 1962 р. дозволив комерційним консорціумам володіти і експлуатувати власні супутники, хоча вони все ще були розміщені на державних ракетах-носіях².

Розквіт супутникового бізнесу зв'язку супроводжувався готовністю приватного сектору платити значні суми за запуск своїх супутників. Спочатку більшість супутників комерційного зв'язку виходили в космос на транспортних засобах, що експлуатуються урядом США. У 1982 р. космічний шатл став єдиною американською ракетою-носієм, що надавала такі послуги. Однак після аварії Челленджера 1986 р. шатлу заборонили перевозити комерційні вантажі. Це створило можливість для приватного сектору США використовувати в якості комерційних пускових установок існуючі витратні ракети-носії, такі як Delta, Atlas та Titan. Становлення американської комерційної галузі космічних перевезень відбулося у 90-х рр. Поступово американські компанії ініціювали створення спільних з Росією та Україною підприємств для випуску пускових установок; у 2000-х рр. ці компанії припинили свою участь у маркетингу російських пускових установок. Китай продовжував випускати на ринок свою серію ракет-носіїв «Long March» для комерційного використання, а інші країни, такі як Індія та Японія, сподівалися продавати свої пускові установки на комерційній основі³.

Розробка альтернатив наданим урядом послугам запуску космічного простору розпочалася в 2000 р. У 2000-х рр. підприємці почали розробляти, а до 2010-х рр. – розгортати космічні системи, конкурентоспроможні з державними системами перших десятиліть космічної ери. Ці нові пропозиції викликали значну ринкову конкуренцію в послугах космічного запуску після 2010 р., якої раніше не було, головним чином через зменшення вартості космічного запуску та наявність більшої космічної потужності.

Зниження цін на послуги запуску після 2010 р. та опубліковані ціни на стандартні послуги запуску призвели до значної конкуренції на ринку космічного запуску, якої раніше не було. До 2012 р. приватна компанія розпочала перевезення вантажів до Міжнародної космічної станції (далі – МКС) і з неї.

Згодом великі оборонні підрядники почали розробляти та експлуатувати системи космічного старту, отримані з державних ракет. Приватний космічний політ на орбіті Землі включає, окрім супутників зв'язку, супутникового телебачення, супутникового радіо та транспортування космонавтів також і суборбітальний та орбітальний космічний туризм. У США затверджено нову професію під назвою «Комерційний космонавт»⁴.

До цього часу приватні космічні польоти включають літаючі суборбітальні космічні літаки (SpaceShipOne та SpaceShipTwo), запуски орбітальних ракет, проліт двох орбітальних розширюваних модулів випробувань (Genesis I та II)⁵.

Однак у 2010-х рр. частково багаторазова ракета Falcon 9 SpaceX стала домінувати в комерційній галузі запуску з низькими цінами. Російське космічне агентство «Роскосмос» припинило польоти своєї ракети-носія «Протон» через цінову конкуренцію, а американська компанія United Launch Alliance, втратила монополію на американські військові запуски, коли Військово-повітряні сили США уклали контракт з SpaceX. У 2018 р. із 41 комерційного запуску Falcon 9 здійснив 16⁶.

Взагалі, з 1990 р. кількість комерційних запусків у США зросла з дев'яти на рік до 22 у 2017 р. За цей період сумарно було здійснено понад 214 запусків⁷.

Що стосується політики США щодо комерціалізації космосу, то Уряд відіграє важливу роль у комерційній космічній діяльності за допомогою багатьох способів – від встановлення регуляторної політики до створення політики, яка спрямовує державні установи на придбання послуг у компаній, участі в державно-приватному партнерстві, за якого уряд та приватний сектор поділяють ризики та доходи.

Правове регулювання приватних космічних польотів передбачено цілою низкою законодавчих актів. Так, Закон про комерційні польоти у космос 1984 р. затвердив заохочення комерційних космічних підприємств, додавши новий пункт до положення про місію НАСА: «с) Комерційне використання космосу. – Конгрес заявляє, що загальне благополуччя Сполучених Штатів вимагає, щоб адміністрація заохочувала, наскільки це можливо, повне комерційне використання космосу»⁸.

Тим не менш, спочатку НАСА намагалася запобігти приватним польотам в космос за допомогою значної зарегульованості цієї сфери. Однак це зустріло значну опозицію не лише з боку приватного сектору, а й Конгресу.

Закон про запуск комерційного космосу допоміг розвинути американську індустрію приватних операторів систем запуску. До підписання цього закону всі запуски комерційних супутників у Сполучених Штатах були обмежені федеральними правилами НАСА⁹.

5 листопада 1990 р. Президент США Джордж Буш підписав закон про закупівлю стартових послуг¹⁰. Закон наказав НАСА замовляти послуги запуску основних корисних навантажень у комерційних постачальників, якщо такі послуги потрібні в процесі його діяльності.

У 1996 р. Уряд США обрав Lockheed Martin і Boeing для розробки ракетно-транспортних засобів, що розгортаються (далі – EELV), щоб конкурувати за контракти на запуск і забезпечувати надійний доступ до космосу. Урядова стратегія придбання покладалася на сильну комерційну життєздатність обох кораблів для зниження одиничних витрат. Ці кораблі не здобули популярності, але як EELV Delta IV, так і Atlas V залишаються в активному обслуговуванні.

Закон про комерціалізацію космосу був прийнятий у 1998 р., він реалізує багато положень Закону про закупівлю стартових послуг 1990 р.¹¹

Тим не менш, до 2004 р. НАСА залишало приватний космічний політ фактично поза законом¹². Але вже Закон про внесення змін до закону про комерціалізацію космосу від 2004 р. вимагав, щоб НАСА та Феде-

ральна авіаційна адміністрація узаконили приватний космічний політ¹³. Закон 2004 р. також визначав «період навчання», який обмежував можливість ФАА приймати правила щодо безпеки людей, які могли б літати на комерційних космічних кораблях до 2012 р., нібито тому, що учасники космічних польотів поділяють б ризик польоту за допомогою процедур інформованої згоди, вимагаючи при цьому, щоб постачальник пускової установи несе юридичну відповідальність за потенційні збитки третім особам та структурам¹⁴.

До кінця 2014 р. комерційні пасажирські польоти в космосі залишалися фактично незаконними, оскільки FAA відмовляла в наданні ліцензії комерційного оператора будь-якій приватній космічній компанії¹⁵.

Сполучені Штати оновили законодавство США про комерційний космос, прийнявши в листопаді 2015 р. Закон SPACE¹⁶. Повна його назва – Закон про стимулювання приватної аерокосмічної конкуренції та підприємництва від 2015 р.

Оновлений закон США прямо дозволяє «громадянам США брати участь у комерційних розвідках та експлуатації» космічних ресурсів «[включаючи ... воду та корисні копалини]». Це не поширюється на біологічне життя, тому живі істоти не можуть бути використані у комерційних цілях. Далі Закон стверджує, що «Сполучені Штати [(цим Законом)] не розповсюджують свій суверенітет, суверенні чи виключні права, юрисдикцію над будь-яким небесним тілом або право власності на нього»¹⁷.

Закон SPACE передбачає продовження відшкодування збитків американським постачальникам пускових установок за катастрофічні втрати третіх сторін через невдалий запуск до 2025 р., тоді як дія попереднього закону про відшкодування мала закінчитися в 2016 р.

Відшкодування збитків за надзвичайні втрати третіх сторін станом на 2015 р. було складовою космічного законодавства США протягом 25 років, і за цей час «ніколи не було зафіксовано жодної загрози через комерційний запуск»¹⁸.

Комерційна космічна політика США є частиною національної космічної політики протягом десятиліть. Президент Д. Трамп підписав п'ять Директив про космічну політику, Національну космічну стратегію та розпорядження про дослідження, видобуток і використання космічних ресурсів.

1. Директива про космічну політику – 1, 11 грудня 2017 р., замінює два речення Національної космічної політики 2010 р. щодо програми космічних польотів НАСА, підкреслюючи важливість повернення людей на місячну поверхню як сходінку для дослідження людьми Марсу (замість астероїда, як планувала Адміністрація Обама).

2. Національна космічна стратегія, 23 березня 2018 р., визначає стратегію реалізації національної безпеки, комерційної та цивільної космічної політики.

3. Директива про космічну політику – 2, 24 травня 2018 р., перелічує заходи для визначення Міністерства торгівлі як «єдиного вікна» для комерційного регулювання космічної діяльності. В даний час три федеральні агенції відповідають за регулювання комерційної космічної діяльності: Управління комерційного космічного транспорту Федеральної авіаційної адміністрації (далі – FAA/AST), що регулює та сприяє комерційному запуску; Федеральна комісія зв'язку (далі – FCC), яка визначає радіочастоти та видає ліцензії на комерційні супутникові системи; і Національне управління океану та атмосфери (далі – NOAA), яке видає ліцензії на комерційні супутники дистанційного зондування. Після прийняття цієї Директиви міністр торгівлі Уїлбур Росс заявив, що хоче перенести Управління з питань комерційного дистанційного зондування та Управління космічної торгівлі у нову адміністрацію космічної політики, що сприятиме розвитку космічної політики (далі – SPACE). Згодом ним стало Бюро космічної торгівлі. Підзаконні нормативні акти у цій сфері так і не були прийняті.

4. Директива про космічну політику – 3, 18 червня 2018 р., встановлює компетенцію та відповідальність агентства щодо інформування про космічну ситуацію та управління космічним рухом. Вона визначає Міністерство торгівлі як цивільний урядовий орган для взаємодії з цивільним, комерційним та міжнародним секторами з питань обізнаності про космічну ситуацію (далі – SSA) та управління космічним рухом (далі – STM).

5. Директива про космічну політику – 4, 19 лютого 2019 р., пропонує створення космічних сил США як частини ВПС США. Це було запроваджено в Законі про національні оборонні санкції на 2020 р.

6. Виконавчий наказ про заохочення міжнародної підтримки відновлення та використання космічних ресурсів, 6 квітня 2020 р., встановлює політику США щодо видобутку корисних копалин на Місяці та інших об'єктах Сонячної системи, особливо щодо комерційних розвідок, видобутку та використання таких ресурсів.

7. Директива про космічну політику – 5, 4 вересня 2020 р., встановлює принципи космічної кібербезпеки¹⁹.

У 2006 р. NASA ініціювало програму придбання комерційного космічного транспорту для перевезення вантажів до Міжнародної космічної станції, фінансуючи при цьому частину розвитку нових технологій в рамках державно-приватного партнерства²⁰.

У 2016 р. Сполучені Штати дали свій перший дозвіл на приватний політ на Місяць від Управління комерційних космічних перевезень ФАА²¹.

Космічний туризм – це космічні подорожі людини для рекреаційних цілей²².

Орбітальний космічний туризм. Появу космічного туризму спостерігаємо наприкінці 1990-х рр., після укладення угоди між російською компанією MirCorp та американською компанією Space Adventures Ltd. MirCorp була приватним підприємством, відповідальним за космічну станцію «Мир». Щоб отримати прибуток на утримання застарілої космічної станції, MirCorp вирішив продати поїздку на космічну станцію «Мир», і у 2001 р. американський підприємець Денніс Тіто став першим приватним космічним пасажиром. Однак до

того, як Тіто зміг здійснити свою поїздку, було прийнято рішення зняти «Мир» з орбіти, і після втручання Space Adventures Ltd. місія була перенаправлена на МКС. Тіто, який заплатив 20 млн доларів за політ на російському космічному кораблі «Союз ТМ-32», провів сім днів на борту МКС і вважається першим у світі космічним туристом. Однак, зважаючи на важку підготовку, необхідну для його місії, Тіто заперечував проти вживання слова турист, і з моменту його польоту частіше використовується термін «учасник космічного польоту» для того, щоб відрізнити комерційних космічних мандрівників від астронавтів.

Темпи орбітального космічного туризму продовжували зростати після виконання місії Тіто: рейси на МКС південноафриканського комп'ютерного мільйонера Марка Шаттлворта в 2002 р. та американського бізнесмена Грегорі Олсена в 2005 р. За цими мандрівниками слідував політ Ануше Ансарі, яка стала четвертим космічним туристом і першою жінкою – космічним туристом, коли вона відвідала МКС у вересні 2006 р. Наступного року американський мільярдер Чарльз Симоній поповнив ряди учасників космічних польотів, коли він провів поїздку з двома космонавтами під час 10-денного перебування на МКС; Симоні здійснив дружний політ у 2009 р. Шостий учасник космічного польоту, американський розробник відеоігор Річард Гарріотт, був запущений у жовтні 2008 р. У своєму польоті Гарріотт став першим американцем другого покоління в космосі, оскільки його батько, Оуен Гарріотт, був колишнім космонавтом. Space Adventures оголосили, що два пасажери полетять на МКС у 2021 р. З 2007 р. компанія Space Adventures пропонує космічний політ навколо Місяця на космічному кораблі «Союз» за плату в 100 млн доларів.

Суборбітальний космічний туризм. Хоча орбітальна індустрія космічного туризму привернула багато уваги ЗМІ після польоту Тіто, інші компанії також наполегливо працювали, намагаючись зробити космічний туризм вигідною пропозицією, розробивши суборбітальні кораблі, призначені для перевезення пасажирів на висоту 100 км. На додаток до мети зробити космічний туризм комерційно життєздатним, компанії змагалися за премію Ansari X Prize – винагороду в розмірі 10 млн доларів, яку Фонд X Prize запропонував першій неурядовій організації, що двічі упродовж двох тижнів запустить космічний корабель для багаторазового використання. 4 жовтня 2004 р. SpaceShipOne виграла цей приз, відкривши нову еру космонавтики та космічного туризму з екіпажем²³.

У 2004 р. Закон США про внесення змін до закону про комерціалізацію космосу (далі – CSLAA) надав настанови щодо регулювання безпеки комерційного польоту людини в космос у Сполучених Штатах під егідою Федеральної авіаційної адміністрації (далі – FAA). Відповідно до CSLAA, представники FAA будуть відвідувати кожен запуск, оцінювати кожну посадку та працювати разом з операторами космічного туризму; однак FAA не зможе вводити будь-які правила безпеки до 2023 р., якщо не буде серйозного інциденту. Вказівки вимагають, щоб оператори космічного туризму письмово інформували учасників космічних польотів про ризики запуску та повернення та про стан безпеки ракети-носія. Керівні принципи CSLAA також вимагають від учасників космічних польотів надати згоду на участь у запуску та повторному запуску²⁴.

З розвитком індустрії космічного туризму ряди учасників космічних польотів будуть зростати, а суборбітальні та орбітальні польоти неминуче поступляться місцем місячним екскурсіям та подорожам на Марс і далі. До цього часу космічний туризм буде функціонувати як повноцінна галузь, здатна по-справжньому розширити кордон космосу²⁵.

Закон, що застосовується до космічного туризму, підпорядковується двом основним критеріям: перший, *rationae loci*, зв'язаний з місцем, де надається транспорт (повітряний простір або космічний простір); другий, *rationae materiae*, зв'язаний з транспортними засобами.

Жодна угода остаточно не визначила лінію розмежування між повітряним та космічним просторами. З початку досліджень космічного простору держави та ООН ніколи не могли домовитись про межу між повітряним простором і космічним простором. Протягом декількох десятиліть Комітет ООН з мирного використання космічного простору (далі – COPUOS) намагається продовжити переговори щодо розмежування повітряного простору та космічного простору. Причини розбіжностей між державами зв'язані з суверенітетом над їх територіями²⁶. Так, ст. 1 Чиказької конвенції 1944 р. говорить, що «Договірні держави визнають, що кожна держава має повний і винятковий суверенітет над повітряним простором над своєю територією»²⁷. Міжнародне космічне право керується протилежною логікою і передбачає повну свободу пересування держав та забороняє будь-який суверенітет над небесними тілами.

За словами професора Стефана Хобе, визначальним чинником для вибору законодавства є *rationae materiae*. Дійсно, якщо літак – це «пристрій, здатний підтримувати себе в атмосфері завдяки реакціям повітря», ракети, які використовують свої двигуни лише для вертикальної тяги, є космічним об'єктом, а це означає, що застосовується космічне законодавство. Astrium Space Transportation, дочірня компанія EADS, розробляє суборбітальний пристрій, який буде перебувати у категорії літаків. Її приватний реактивний літак буде працювати з традиційними авіаційними двигунами, а для фази космічного підйому – ракетним двигуном, який залишається прикріпленим до фюзеляжу. Цей гібридний транспорт буде перевозити чотирьох пасажирів у своєрідному гамаку, щоб обмежити вплив прискорення на кузов. Його віднесення в категорії «літаки» є дуже ймовірним, оскільки понад 90 відсотків польотів виконуються у повітряному просторі на висоті, подібній до авіалайнерів.

Кваліфікація літаків Virgin Galactic є більш невизначеною. Це крилатий космічний апарат, оснащений ракетним двигуном, який перевозиться на висоті літаком-носієм. На висоті польоту авіалайнера космічний корабель, в якому розміщуються пасажирів, здійснює вертикальний підйом до 100 кілометрів, перш ніж повернутися²⁸.

Юридично Закон про внесення змін до закону про комерціалізацію космосу від 2004 р. визначає суборбітальний пристрій у п. 19, де говориться, що «суборбітальна ракета означає транспортний засіб, що рухається ракетою повністю або частково, призначений для польоту на суборбітальній траєкторії, і тяга якого більший за його підйом для більшості ракетної частини його підйому». У п. 17 він визначає «учасника космічного польоту» як «особу, яка не є екіпажем, яку перевозять у ракеті-носії або кораблі для повторного входу». Вибір слова «учасник» однозначно визначається волею законодавця створити спеціальний закон, що виходить за межі традиційної сфери повітряного туризму, та гарантії його відшкодування у випадку аварії²⁹.

Договірні відносини між транспортною компанією і пасажиром. У Сполучених Штатах Америки на федеральному рівні два закони регулюють організацію космічного туризму. Перший – це Закон про внесення змін до закону про комерціалізацію космосу від 2004 р. та Вимоги до польоту людини в космос для учасників екіпажу та космічного польоту, прийняті 15 грудня 2006 р. Федеральною авіаційною адміністрацією (далі – FAA): «FAA встановлює вимоги до польотів людини в космос, Закон 2004 р., включаючи правила щодо кваліфікації й підготовки екіпажів та інформовану згоду учасників екіпажу та космічних польотів. Вимоги повинні забезпечувати прийнятний рівень безпеки для широкої громадськості та забезпечувати обізнаність осіб на борту про ризики, пов'язані із запуском або повторним входом»³⁰.

Конгрес Сполучених Штатів Америки та FAA встановили головне зобов'язання для договору між оператором та учасником поїздки: наявність інформації про різні ризики. В обох текстах зберігається термін «інформована згода». Це поняття було визначене FAA, де точно деталізуються різні типи інформації, що передається пасажиром. Ключовий елемент цього правила вимагає від операторів до укладення контракту інформувати про всі відомі небезпеки та ризики серйозних травм, смерті, втрати працездатності та повної або часткової втрати психічних або фізичних функцій. Компанія також зобов'язана повідомити, що існують невідомі небезпеки, що Сполучені Штати Америки не сертифікували жодного державного або приватного повітряного судна, яке запускається або повертається в атмосферу. Письмовий документ повинен також містити цифри, що стосуються повторного входу в атмосферу повітряного судна, що перевозить екіпаж або учасників. Крім того, оператор повинен надати своєму клієнтові статистичні дані про кількість польотів, кількість загиблих або серйозних травм на суборбітальних рейсах, з поясненням будь-яких коригувальних заходів, вжитих для виправлення причин аварій.

Таким чином, надана інформація повинна бути зрозумілою навіть для людей, які не мають наукового чи технічного досвіду. Правила FAA також вимагають, щоб згода була у письмовій формі та що особи, яким не виповнилося вісімнадцять років, не можуть дати «інформовану згоду». Що стосується стану здоров'я, американські стандарти не вимагають медичного обстеження до польоту. Має відбутися лише попередня підготовка майбутніх туристів до надзвичайних ситуацій.

Штат Нью-Мехіко, з території якого будуть запускати Virgin Galactic, розробив закон про «інформовану згоду на польоти в космос». Законодавець у розділі «Цивільний імунітет для суб'єктів космічного польоту» зазначив, що «суб'єкт космічного польоту не несе відповідальності за шкоду учасника, спричинену ризиками космічних польотів, за умови, що учасник був проінформований про ризики космічного польоту, дав свою поінформовану згоду на те, що він добровільно бере участь у космічних польотах після того, як був проінформований про ризики такої діяльності, як це вимагається федеральним законом та цією статтею». Отже, закон передбачає, з урахуванням зобов'язань щодо інформації, що організація, яка надає послуги космічного туризму, не несе відповідальності за поранення або смерть учасника внаслідок ризиків, властивих космічним польотам. Учасник або один із його представників не може позиватися проти суб'єкта господарювання за збитки, пошкодження або смерть учасника внаслідок будь-якого ризику, властивого космічним польотам. Корисність цього законодавчого застереження видається нам досить відносною. Проте воно діє на території Нью-Мехіко, а штаб-квартира Virgin Galactic знаходиться у Сполученому Королівстві. Крім того, компанія продає квитки на цей рейс через вебсайт та через мережу акредитованих агентств по всьому світу³¹.

Висновки. Автором проаналізовано основні джерела космічного права в США. Виявлено, що переважно законодавство не встигає за інноваціями у комерціалізації космосу. Таким чином, виникає ситуація, коли спочатку виникають відносини (політ туриста чи вантажу у космос), а потім – законодавче регулювання таких відносин.

Якщо Україна хоче розвивати приватний космічний туризм, нам варто створити єдиний орган з цього питання (наприклад, Управління космічної приватної діяльності) та прийняти законодавство щодо приватного космічного руху, видобутку корисних копалин на Місяці та інших об'єктах та затвердити принципи космічної кібербезпеки.

¹ National Space Policy of the United States of America, 2010. URL: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/national_space_policy_6-28-10.pdf, accessed 9 September 2020.

² Commercial space transportation. URL: <https://www.britannica.com/science/space-exploration/Commercial-space-transportation>, accessed 9 September 2020.

³ Private space industrialization is here, Mikhail Kokorich, URL: <https://techcrunch.com/2020/08/18/private-space-industrialization-is-here/>, accessed 9 September 2020.

⁴ Vance, Ashlee (2015). *Elon Musk : Tesla, SpaceX, and the Quest for a Fantastic Future*. New York: HarperCollins. P. 15.

⁵ "Circumlunar mission". Space Adventures. URL: <https://spaceadventures.com/experiences/circumlunar-mission/>, accessed 9 September 2020.

- ⁶ Commercial space transportation. URL: <https://www.britannica.com/science/space-exploration/Commercial-space-transportation>, accessed 9 September 2020.
- ⁷ Worldwide Commercial Space Launches. URL: <https://www.bts.gov/content/worldwide-commercial-space-launches>, accessed 9 September 2020.
- ⁸ Commercial Space Launch Act of 1984. URL: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title51/subtitle5/chapter509&edition=prelim>, accessed 10 September 2020.
- ⁹ “Statement on Signing the Commercial Space Launch Act”. URL: <http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1984/103084i.htm>, accessed 10 September 2020.
- ¹⁰ § 2465d. Requirement of US Federal government to procure commercial launch services”. URL: <http://www.space-frontier.org/commercialspace/lspalaw.txt>, accessed 10 September 2020.
- ¹¹ Public Law 105-303: Commercial Space Act of 1998”. NASA Office of the General Counsel - Reference. URL: <https://www.nasa.gov/offices/ogc/commercial/CommercialSpaceActof1998.html>, accessed 10 September 2020.
- ¹² It’s illegal for private enterprise to go into space. Artemis Society International. URL: <http://www.asi.org/adb/j/02/legal-roadblocks.html>, accessed 10 September 2020.
- ¹³ Private Spaceflight Bill Signed into Law. URL: http://www.nbcnews.com/id/6682611/ns/technology_and_science-space/t/private-spaceflight-bill-signed-law/#.X1nCqnkzaUk, accessed 10 September 2020.
- ¹⁴ Foust, Jeff (26 May 2015). “Congress launches commercial space legislation”. The Space Review. Space News. URL: <https://www.space-review.com/article/2759/1>, accessed 10 September 2020.
- ¹⁵ Wow. FAA Paperwork Delays May Block Virgin Galactic Debut. URL: <https://www.cntraveler.com/the-intel?src=jaunted>, accessed 10 September 2020.
- ¹⁶ “H.R.2262 – 114th Congress (2015–2016): U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act”. URL: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262>, accessed 10 September 2020.
- ¹⁷ Space Act of 2015: American companies could soon mine asteroids for profit”. Wired UK. URL: <https://www.wired.co.uk/article/how-to-mine-asteroids-for-fun-and-profit>, accessed 10 September 2020.
- ¹⁸ Wow. FAA Paperwork Delays May Block Virgin Galactic Debut. URL: <https://www.cntraveler.com/the-intel?src=jaunted>, accessed 10 September 2020.
- ¹⁹ Commercial Space Activities. <https://spacepolicyonline.com/topics/commercial-space-activities/>, accessed 10 September 2020.
- ²⁰ Belfiore, Michael (2007). Rocketeers: how a visionary band of business leaders, engineers, and pilots is boldly privatizing space. New York: Smithsonian Books.
- ²¹ Fingas, Jon (3 August 2016). “US grants its first clearance for a private flight to the Moon”. URL: https://www.engadget.com/2016/08/03/us-clears-private-moon-flight/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2x1LmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAIzctMMN9UqViHf_f_p7Gh6w1Se6jEMvRU11oYLHttJMhdVNLM_VQLdSbyT-KMyOyLiGiuRTJ7aEPÜVPFZ3PleRKEDSBP_iRvempzCR_e4in9xJ0NPnv2We0Y7aPcnf9zeGmm9F1_g4bXHJy5JM-OE6Y4j-WviLc7Z6zrbhevRA3, accessed 10 September 2020.
- ²² Von der Dunk, F. G. (2011). “Space tourism, private spaceflight and the law: Key aspects”. Space Policy. 27 (3): 146–152.
- ²³ Erik Seedhouse. Space tourism. URL: <https://www.britannica.com/topic/space-tourism>, accessed 10 September 2020
- ²⁴ U.S. Commercial Space Launch Amendments Act (CSLAA). URL: https://www.faa.gov/about/office_org/headquarters_offices/ast/media/PL108-492.pdf, accessed 10 September 2020.
- ²⁵ Erik Seedhouse. Space tourism. URL: <https://www.britannica.com/topic/space-tourism>, accessed 10 September 2020.
- ²⁶ Louis de Gouyon Matignon. Space tourism. Legal aspects. URL: <https://www.spacelegalissues.com/space-law-space-tourism-legal-aspects/#:~:text=Legally%2C%20the%20U.S.%20Commercial%20Space,lift%20for%20the%20majority%20of>, accessed 10 September 2020.
- ²⁷ Convention on International Civil Aviation. URL: <https://www.icao.int/publications/pages/doc7300.aspx>, accessed 10 September 2020.
- ²⁸ Louis de Gouyon Matignon. Space tourism. Legal aspects. URL: <https://www.spacelegalissues.com/space-law-space-tourism-legal-aspects/#:~:text=Legally%2C%20the%20U.S.%20Commercial%20Space,lift%20for%20the%20majority%20of>, accessed 10 September 2020.
- ²⁹ U.S. Commercial Space Launch Amendments Act (CSLAA). URL: https://www.faa.gov/about/office_org/headquarters_offices/ast/media/PL108-492.pdf, accessed 10 September 2020.
- ³⁰ Human Space Flight Requirements for Crew and Space Flight Participants; Final Rule. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2006-12-15/pdf/E6-21193.pdf>, accessed 10 September 2020
- ³¹ Louis de Gouyon Matignon. Space tourism. Legal aspects. URL: <https://www.spacelegalissues.com/space-law-space-tourism-legal-aspects/#:~:text=Legally%2C%20the%20U.S.%20Commercial%20Space,lift%20for%20the%20majority%20of>, accessed 10 September 2020.

Резюме

Задорожній О.О. Приватні космічні польоти: правове регулювання в США.

У статті представлено огляд та аналіз законодавства США, яке регулює приватні космічні польоти, зокрема польоти з метою перевезення вантажів та польоти в рамках космічного туризму. Автором представлено хронологічне становлення комерціалізації космосу, у якому чітко простежується поступовий перехід США від повного небажання допущення приватних космічних польотів до визнання безперечної економічної доцільності такої діяльності. Серйозне зрушення у цій сфері відбувається з 2015 р., коли було прийнято п’ять Директив про космічну політику, Національну космічну стратегію та розпорядження про дослідження, видобуток та використання космічних ресурсів.

Ключові слова: правове регулювання, приватні космічні польоти, космічний турист, перевезення вантажів у космос, космічна політика, комерціалізація космосу.

Резюме

Задорожний А.А. Частные космические полеты: правовое регулирование в США.

В статье представлен обзор и анализ законодательства США, регулирующего частные космические полеты, в частности, полеты с целью перевозки грузов и полеты в рамках космического туризма. Автором представлено хронологическое становление коммерциализации космоса, в котором четко прослеживается постепенный переход США от полного нежелания допущения частных космических полетов к признанию беспспорной экономической целесообразности такой деятельности. Серьезный сдвиг в этой сфере происходит с 2015 г., когда было принято пять директив о космической политике, Национальную космическую стратегию и распоряжение об исследовании, добыча и использование космических ресурсов.

Ключевые слова: правовое регулирование, частные космические полеты, космический турист, перевозки грузов в космос, космическая политика, коммерциализация космоса.

Summary

Oleksandr Zadorozhny. Private space flights: legal regulation in the United States.

The emergence of demand for space travel, the emergence of commercial enterprises and travel agencies in the space industry, the development of vehicles designed exclusively for transporting tourists into space – all this suggests that space may soon turn from a scientific object into a common destination. Therefore, today the legal regulation of private space flights is a promising issue, given that there is no such legislation in Ukraine. We turn to the analysis of the legislation of the United States of America to assess what array of regulations we will have to master if we want to develop private space flights at home.

A private space flight is a space flight or development of space flight technology that is conducted and paid for by an entity other than a government agency. Depending on the purpose, private space flights are divided into flights for the purpose of transportation of cargoes, and flights within the framework of space tourism.

The article presents an overview and analysis of the legislation of the USA regulating private space flights, in particular, flights for the purpose of transportation of cargoes, and flights in the framework of space tourism. The author highlights a chronological formation of the commercialization of space, which clearly shows the gradual transition of the United States from a complete reluctance to allow private space flights to the recognition of the indisputable economic feasibility of such activities. A significant shift in this area has taken place since 2015, when five directives on space policy, the National Space Strategy and orders on the exploration, extraction and use of space resources were adopted.

The author analyzes the main sources of space law in the United States. It was found that mostly, the legislation does not keep up with innovations in the commercialization of space, thus, there is a situation when first comes a relationship (flight of a tourist or cargo into space), and then – the legislative regulation of such relations.

Key words: legal regulation, private space flights, space tourist, cargo transportation into space, space policy, space commercialization.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.72

УДК 341.211/214:316.276:(007:004.56)

V. MUZYKA

*Viktorii Muzyka, Postgraduate student, Assistant of the Department of the National University "Odesa Law Academy"**

ORCID: 0000-0002-6907-0280

NEW WINE IN OLD BOTTLES: APPLICABILITY OF THE RULES ON ATTRIBUTION TO CYBERATTACKS COMMITTED AGAINST OBJECTS OF CRITICAL INFRASTRUCTURE

Identifying a problem. Today as never before, risks associated with cyberattacks and their kinetic consequences became more imminent. Private individuals or groups possess enough resources and knowledge on how to attack objects of critical infrastructure. Some facts also evidence either direct or indirect involvement of states in planning and realization of malicious cyber activity. In particular, it was necessary for designers of the Stuxnet virus to know the network architecture of nuclear facility, as well as the process of nuclear enrichment.¹ The need for inclusion of individuals with highly specific knowledge and other political and technical indicators support a conclusion about states involvement. In the same vein, the context of cyberattacks against Ukrainian power grid systems in 2015 and 2016, as well as other data, also may testify to the nexus between hackers and a foreign state.²

COVID-19 pandemic has raised a serious concern about vulnerability of healthcare sector. On March 13, 2020, a major hospital in Brno (Czech Republic) experienced a cyberattack that forced hospital's administration to postpone urgent surgeries and reroute new patients in need of acute care. The hospital actually had been paralyzed as a

© V. Muzyka, 2020

* *Вікторія Василівна Музика, аспірантка, асистентка кафедри Національного університету «Одеська юридична академія»*

result of cyberattack, and its staff could not process coronavirus tests for several days. Other countries like France, Thailand, and the US also reported cyber incidents.³

All these examples show digital dependency of vulnerable critical infrastructure. And what is more important – the lack of appropriate attribution. This article does not tend to argue a state's involvement in all the cyberattacks launched on cyber infrastructure. However, it insists on the need of special assessment and scrutiny of attribution performed by an independent entity, especially if there are reasonable basis to presume a state's involvement.

Tallinn Manual experts have identified how rules on legal attribution should be applied to cyberspace. However, legal responsibility of states has never been established – even in situations of centralized and decentralized attribution of cyberattacks, which contain conclusions of a state's involvement – directly or through its proxy. It means that international community has to find a 'trigger' for making these rules on attribution 'live' and to put an end to impunity in cyberspace.

Analysis of recent researches and publications. Cyberattacks attribution is an issue actively discussed by legal scholars and experts of cyber and IT firms due to its twofold nature. Among law scholars, there are number of those whose works are dedicated to the issue of attribution of cyberattacks – M. Schmitt, M. Roscini, J. Richmond, P. Stockburger, D. Hollis, K. Ziolkowski, D. Alperovitch etc. Additionally, reports of private sector that contain propositions concerning creation of an independent international entity responsible for attribution were analyzed.

The main **goal** of this article is to identify the difficulties of application of the rules on attribution to cyberattacks and to emphasize upon the need to create a special entity for attribution.

Main text. Increasing number of cyberattacks against objects of critical infrastructure requires identification of those who stands behind and establishing responsibility to decrease cyberattacks' permanent growth. Due to the extensive work of Tallinn Manual experts, international community has received authoritative findings on application of law of international responsibility to cyberspace. This article focuses primarily on attacks committed by de facto state organs or state's proxies. The rationale behind this is their potential to destabilize an injured state, especially if launched during an armed conflict.

For cyberattack attribution, there is a need to identify: (a) computers and servers used for launching a particular cyberattack, (b) people that launched it or otherwise engaged in its commission, and (c) to establish a link between these people and a state proving that they may be treated as state agents.⁴ Indeed, this is not an easy task, but far from impossible. Private individuals or de facto state organs can assimilate hosts located in different states into a botnet and then use it for targeting. Thus, by making it almost impossible to identify computers and servers, or they may physically destroy computers. Furthermore, it is not always possible for an injured state with limited human and technical resources to perform such attribution and invoke international responsibility of another state. This is the main reason why public (political) attribution of states or decentralized technical attribution of private sector became so widespread.

Starting from 2007, there have been more than twenty high profile cyberattacks and respective attribution claims by governments, private sector and civil society. None of them have led to legal responsibility. On one hand, states have limited themselves by public attribution because, most probably, did not want to share information from their intelligence services (based on which they performed attribution). On other hand, it deems they do not start legal actions due to the temporal character of disruption or limited kinetic effects of cyberattacks.⁵

In any case, such public attribution based on human and technical intelligence, political and technical indicators, means states' readiness to resort to self-help measures if an illegal cyber operation continues or repeats. Experts of the Tallinn Manual have confirmed the right of states to apply unilateral self-help measures against another state after *ex ante* determination.⁶ But what if a cyberattack had such effects that it is impossible to accumulate evidence and make *ex ante* determination? Here, decentralized attribution by private sector could be a solution; however, technical data may be falsified and not always private sector have all necessary tools and information for correct attribution.⁷ For example, while the Novetta company led a coalition of technology industry partners, it expressed its ability to support the process of attribution, but not to perform it by oneself.⁸ Furthermore, they are not always willing to go further state-sponsorship conclusions owing to the lack of all the necessary political indicators and state intelligence data.

Highly-authoritative Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Operations clearly defines the rules, which should be used for the purpose of attribution. It does not make a step 'left' or 'right', but merely confirms the general rules of attribution enshrined in ARSIWA⁹ by adding comments in the light of specific context. According to the rules enshrined therein, a cyberattack will be attributed to a state if it is committed by its *de facto* or *de jure* organs, or by private individuals acting under its effective control. It is also possible to establish state responsibility when a state did nothing to terminate a cyberattack from its territory. Responsibility thus can arise not only from culpability, but also from negligence and the lack of due diligence.¹⁰

Rule 15 of Tallinn Manual reads as follows, "[c]yber operations conducted by organs of a State, or by persons or entities empowered by domestic law to exercise elements of governmental authority, are attributable to the State". Since not all states possesses necessary knowledge and skills related to cyberspace, they may empower private individuals or firms to conduct cyberattacks. In this case, they will be equated with state organs.

Being empowered "to exercise elements of governmental functions" is a key precondition for making a conclusion on *de facto* state organ status. A particular cyber activity must be proved to be among elements of governmental functions. As a matter of fact, it is not clear what constitute "specified functions which are akin to those normally exercised by organs of the State".¹¹ While applying this standard, international tribunals frequently make a distinction between sovereign and commercial acts that is normally used in cases regarding state immunity.¹² In con-

text of cyberattacks, this standard causes some difficulties because it is not always obvious whether a particular activity fall within this concept.

The most important finding for the purpose of this article concerns a need to apply the effective control test elaborated by the ICJ in the Nicaragua case, which requires specific instructions concerning the commission of a particular act to be given by a State.¹³ Besides this test and equation with a state organ, there are also other possibilities for attribution; however, states are unwilling to acknowledge and adopt actions of private individuals or to recognize own wrongdoing.¹⁴

The impact of aforementioned Tallinn Manual is so high that it doubtfully will be ever changed. This may be justified by the possibility of misattribution and spoofing. Firstly, misattribution is possible when a cyberattack does not reach the threshold of the use of force and a state have to react immediately. For instance, to terminate an unlawful cyber intrusion states may apply retrorsions or even countermeasures. Tallinn Manual states that “in the context of unilateral self-help measures [...] the State may be faced with a situation to which it may have to respond in an extremely short timeframe, without recourse to the full range of information that might be available in the non-cyber context”.¹⁵ In case when a state relies upon own capabilities, which are limited, and respond immediately, the risk of misattribution is substantial. It implies an important conclusion that cyberspace creates ‘cyber race’ and sometimes capabilities of non-governmental actors may match and even prevail upon clashing with cyber capabilities of states when they are sponsored or supported by another state. Therefore, for the purpose of cyber deterrence, legal attribution should be established, especially when human lives are the cost of such attacks.

Establishing a nexus between a particular state and its proxies is hardly achievable if an injured state does not have enough capabilities and resources. Thus, if we cannot change the rules for legal attribution, we can create a regime of attribution that would complement or substitute centralized governmental attribution. States should accept that state-centrism is no longer a key characteristic of a modern world order. Moreover, since governments are too reluctant, mostly unable to present sufficient evidence and afraid of politicization, the relevance of attribution has spurred a few proposals for creating an independent and centralized international entity. In particular, the Atlantic Council made a proposition to establish a Multilateral Cyber Attribution and Adjudication Council with the power to provide “a consensus attribution of illegal cyber campaigns by states and a formal process for adjudicating associated interstate disputes”.¹⁶ Microsoft suggested a special body “consist[ing] of technical experts from across governments, the private sector, academia, and civil society”, which would be created by virtue of Atomic Energy Agency example.¹⁷ Finally, RAND Corporation researchers made a quite radical proposition to create a Global Cyber Attribution Consortium, which fully excludes states membership. They believed it would be more appropriate to include technical experts, academia and cyberspace policy experts.¹⁸

Conclusion. When it comes to cyberattacks attribution, one should accept the need to change ‘old bottles’ for ‘new wine’. The importance of cybersecurity and IT companies has drastically increased since they are able to make technical attribution faster than governmental agencies and produce correct results that are extremely important to avoid misattribution and retaliation. But it does not mean states should be excluded from this process. In contrast, there is a clear need for well-balanced cooperation and data-sharing due to the need to assess and take into consideration both technical and political indicators. This will solve not only a problem of technical attribution, but a wide range of political problems. As a matter of fact, sometimes serious challenges emerge at the political level for states, while private actors are more independent and impartial. States thus should engage in cooperation with cyber-related companies to keep peace and prevent serious violations of human rights, otherwise all the world will be in danger and responsibility for cyberattacks against vulnerable infrastructure will be impossible.

¹ Charney S., English E., Kleiner A. From Articulation to Implementation: Enabling Progress on Cybersecurity Norms (June 2016). P. 10. URL: <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/REVMc8>

² CrashOverride: Reassessing the 2016 Ukraine Electric Power Event as a Protection-Focused Attack. By Joe Slowik, Dragos Inc. URL: <https://dragos.com/wp-content/uploads/CRASHOVERRIDE.pdf>; TLP: White Analysis of the Cyber Attack on the Ukrainian Power Grid Defense Use Case March 18, 2016. URL: https://ics.sans.org/media/E-ISAC_SANS_Ukraine_DUC_5.pdf

³ Mačák K., Rodenhäuser T., Gisel L. Cyber attacks against hospitals and the COVID-19 pandemic: How strong are international law protections? In: *Humanitarian Law & Policy*. 2020. URL: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2020/04/02/cyber-attacks-hospitals-covid-19/>

⁴ Roscini M. Evidentiary Issues in International Disputes Related to State Responsibility for Cyber Operations. *Texas International Law Journal*. Volume 50. Symposium Issue 2. 2020. P. 240; Schmitt M. Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations. *Cambridge: Cambridge University Press*. 2017. P. 98-103.

⁵ Tsagourias N. Cyber attribution: technical and legal approaches and challenges. *University of Sheffield*. 2018. URL: <https://sites.tufts.edu/cilg/files/2018/09/attributiondraftsm.pdf>.

⁶ Schmitt M. Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations. *Cambridge: Cambridge University Press*. 2017. P. 81.

⁷ Stateless Attribution: Toward International Accountability in Cyberspace, C. 16.

⁸ This process of private-sector firms indicating an inability to perform an attribution investigation has happened in the past. (stateless attribution... p. 30)

⁹ Responsibility of States for internationally wrongful acts : resolution / adopted by the General Assembly, 8 January 2008, A/RES/62/61. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

¹⁰ Schmitt M. Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations. *Cambridge: Cambridge University Press*. 2017. P. 86.

¹¹ Report of the ILC, 26th Session, ILC Yearbook 1974, Vol. II(1). P. 281. URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1974_v2_p1.pdf

¹² Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7. URL: <https://www.italaw.com/cases/641> ; Fleming DutyFree Shop Private Limited v. Poland, UNCITRAL, Award of 12 Aug. 2016. URL: <https://www.italaw.com/cases/4471>

¹³ Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14. Para. 86.

¹⁴ Schmitt M. Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. P. 282.

¹⁵ Schmitt M. Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. P. 81.

¹⁶ Hearley J., Mallery J., Jordan K. Confidence-Building Measures: a multistakeholder approach for stability and peace. Atlantic Council. 2014. P. 10. URL: https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2014/11/Confidence-Building_Measures_in_Cyber_space.pdf

¹⁷ Charney S., English E., Kleiner A. From Articulation to Implementation: Enabling Progress on Cybersecurity Norms (June 2016). P. 11. URL: <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/REVMc8>

¹⁸ Davis J., Boudreaux D., Welburn J. Stateless Attribution: Toward International Accountability in Cyberspace. 2017. P. 29. URL: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2081.html

Резюме

Музыка В.В. Застосування правил атрибуції щодо кібератак проти об'єктів критичної інфраструктури.

У статті аналізується застосування норм щодо атрибуції державі поведінки *de facto* органів, а також дій приватних індивідів на підставі тесту ефективного контролю. Акцентується увага на постійному збільшенні кількості кібератак проти об'єктів критичної інфраструктури та відсутності необхідного реагування – атрибуції та, як наслідок, притягнення держав до відповідальності, коли їх роль в здійсненні таких атак встановлена шляхом централізованого та децентралізованого аналізу кібератаки.

В статті також робиться висновок про необхідність створення незалежного міжнародного органу, який би займався питаннями встановлення атрибуції, беручи на себе всі ризики пов'язані з помилковою атрибуцією.

Ключові слова: атрибуція кібератак; відповідальність держав; правила атрибуції; присвоєння поведінки державі; критична інфраструктура.

Резюме

Музыка В.В. Применение правил атрибуции к кибератакам против объектов критической инфраструктуры.

В статье анализируется применение правил касательно присвоения поведения *de facto* органов государству, а также действий частных индивидов на основании теста эффективного контроля. Акцентируется внимание на постоянном увеличении количества кибератак против объектов критической инфраструктуры и отсутствии необходимого реагирования – атрибуции и, как следствие, привлечения государств к ответственности, когда их роль в осуществлении таких атак установлена путем централизованного и децентрализованного анализа.

В статье также делается вывод о необходимости создания независимого международного органа, который бы занимался вопросами атрибуции, принимая на себя риски, связанные с ошибочной атрибуцией.

Ключевые слова: атрибуция кибератак; ответственность государств; правила атрибуции; присвоение поведения государству; критическая инфраструктура.

Summary

Viktoriia Muzyka. New wine in old bottles: applicability of the rules on attribution to cyberattacks committed against objects of critical infrastructure.

Growing number of cyberattacks committed by states or with their support testifies to the need of legal attribution for the purpose of international responsibility. Tallin Manual that comprises authoritative findings on how the attribution rules should be applied raises a serious concern about the practical possibility to establish attribution. The main reason for this concern may be found in the nature of cyberspace that is characterized by anonymity, spoofing and targeting from the territory of other states etc.

The rules of Tallinn Manual reiterated the provisions of ARSIWA and do not evidence about the existence of *lex specialis* for cyberattacks attribution. Pursuant to them, states are responsible for actions of their *de facto* and *de jure* organs empowered to exercise the elements of governmental functions, private actors within their effective control or for the violation of due diligence obligations.

This article argues that there is no necessity to change the rules on attribution, but, due to limited human and technical resources of most states, a special body for technical attribution should be created. The author analyses the different proposals that foresees a membership of states or fully excludes it. Notwithstanding a model, which may be chosen, there should be a variety of technical expertise and limitations of states ability to impact a decision concerning the choice of a case and its outcomes.

Key words: cyberattack attribution; responsibility of states; attribution rules; critical infrastructure.

О.С. ОВЕЧКИНА

Ольга Станіславівна Овечкіна, аспірантка
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
НАН України*

ORCID: 0000-0001-6105-887X

СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ КОЛІЗІЙНИХ ПИТАНЬ СТАТУСУ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ У ПРАВІ ЄС ТА В ЗАКОНОДАВСТВІ ДЕЯКИХ ЙОГО ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ

Постановка проблеми. Інтернаціоналізація господарських зв'язків, залучення іноземних інвестицій у національну економіку, розвиток транскордонних економічних відносин, міжнародна економічна конкуренція зумовлюють участь у приватноправових економічних відносинах юридичних осіб, що мають різну державну належність. Для «приймаючої» країни такі юридичні особи визнаватимуться іноземними, у зв'язку із цим постає необхідність вирішення низки юридичних питань, зокрема щодо їх правового статусу та правового регулювання відносин цих осіб із іншими суб'єктами права тощо. Крім цього, юридична особа може бути створена в одній країні, здійснювати діяльність або мати місцезнаходження в інших; учасниками цієї юридичної особи можуть бути фізичні особи із різним громадянством, акціонерами виступати юридичні особи різної державної належності тощо. Наслідком цього може бути неоднакова кваліфікація одних і тих самих дій суб'єктів права та правовідносин, у яких беруть участь останні. Так виникає «конфлікт законів» – права країни, де виникли правовідносини, і права країни, до якої належить «іноземний елемент», та пов'язані із цим так звані колізійно-правові питання щодо застосовного права при визначенні статусу іноземних юридичних осіб.

На сьогоднішній день у державах-членах ЄС немає єдиного підходу до колізійного регулювання визначення особистого закону юридичної особи, відсутня уніфікація колізійних норм, що регулюють приватноправові питання правового статусу юридичних осіб, ускладнені іноземним елементом. У кожній державі-члені ЄС сформовано систему власних правових норм та принципів щодо вирішення вказаних питань. Нерідко зазначені обставини породжують чимало проблем правового характеру, наприклад, подвійне оподаткування, «подвійна або нульова національність» юридичної особи, невизнання юридичної особи приймаючою країною, неможливість визнання банкрутом юридичну особу тощо.

Враховуючи специфіку права ЄС, аналіз вказаної проблеми та можливі шляхи її подолання потребує досліджень, що враховують останні тенденції та зміни зазначеного регулювання як в національних законодавствах держав-членів ЄС, так і в праві ЄС.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Колізійні питання правового статусу юридичних осіб вивчаються такими фахівцями у сфері міжнародного приватного права, як О.Р. Кібенко, Р.В. Чорнолуцький, В.Л. Чубарев, М.П. Юніна, Г.С. Фединак та ін. В свою чергу, способи подолання колізійних питань правового статусу юридичних осіб у праві ЄС вивчаються фахівцями з права ЄС, зокрема, європейського корпоративного права, а саме А.В. Асосковим, О.О. Дубовицькою, О.М. Калініною, Г.О. Калашниковим, К.В. Смирновою, В.І. Муравйовим та ін.

Метою статті є дослідження сучасних тенденцій регулювання колізійних питань правового статусу іноземних юридичних осіб правом ЄС та законодавством окремих держав-членів ЄС.

Виклад основного матеріалу. Специфіка права ЄС, яке базується на свободі руху товарів, послуг, робочої сили та капіталу, зумовила необхідність виробити в рамках інтеграційного об'єднання нові механізми вирішення питань, що пов'язані із приватноправовим статусом юридичних осіб. Для юридичної особи, що здійснює свою діяльність на території держави-члена ЄС постає необхідність врахування крім дії норм національних законодавств різних держав та положень міжнародних договорів, сторонами яких є відповідні держави, а також і акти права ЄС (первинного та вторинного права ЄС).

Як відомо, в більшості державах-членах ЄС щодо визначення правового статусу юридичних осіб переважно застосовується дві колізійно-правові теорії – теорія осілості та теорія інкорпорації. Так, у державах-членах ЄС «...по-різному визначається національність юридичної особи, в деяких державах – за місцем реєстрації компанії, в інших – за місцем ведення основної підприємницької діяльності...»¹. «Є дві теорії в законодавстві держав-членів... яке має застосовуватись в межах ЄС: теорія інкорпорації... теорія осілості...»².

Теорія інкорпорації (англ. *incorporation theory*), що застосовується у таких країнах, як Чехія, Данія, Швеція, Фінляндія, Нідерланди, Ірландія та інших, визначає належність юридичної особи до права держави, на території якої вона заснована або зареєстровані її статутні документи, тобто на основі акта щодо надання правоздатності юридичній особі.

© О.С. Овечкіна, 2020

* *Olga Ovechkina, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Наприклад, Цивільним кодексом Нідерландів (ст. 118, книга 10) зазначено, що особистим законом для організації, яка зареєстрована як юридична особа, що має адміністративний центр, або за відсутності такого, має центр діяльності на момент створення на території певної держави, згідно із законодавством якої вона створена, буде закон цієї держави³.

Теорія осілості (англ. *siagesocial, effectivenessattheory*), що поширена в таких країнах, як ФРН, Франція, Австрія, Бельгія, Люксембург, Греція, Іспанія, Португалія, Латвія, Литва, Естонія, Польща, Румунія, Угорщина та ін., визначає компетентний правопорядок за допомогою критерію встановлення взаємозв'язку юридичної особи із державою, де функціонує головний орган управління (наприклад, рада директорів, правління, інші виконавчі органи). Поряд із тим виокремлюють два види теорії осілості: статутну (формальну), що визначена в уставному документі юридичної особи (наприклад, Іспанія, Румунія), та ефективну (реальну), що передбачає врахування фактичного місцезнаходження центру управління юридичної особи (наприклад, ФРН, Португалія, Австрія, Греція). При цьому місце адміністративного центру визначається по-різному, наприклад, «у Франції необхідною умовою є збіг місцезнаходження всіх керівних органів юридичної особи, у ФРН та Італії не передбачено таких вимог»⁴.

Переваги теорії осілості полягають у мінімізації можливостей обходу закону або зловживанням правом, однак суттєві недоліки проявляються в унеможливленні переміщення місцезнаходження правління юридичної особи з однієї держави в іншу, оскільки переміщення адміністративного центру матиме наслідком втрату правосуб'єктності юридичної особи та необхідність створення юридичної особи за законодавством країни «нового» розташування органу правління. Це, серед іншого, викликає складнощі із статутним капіталом (його розміром, порядком та строками внесення внесків тощо) юридичної особи при її створенні за національним законодавством нової приймаючої країни.

У деяких державах-членах ЄС законодавством закріплено використання двох критеріїв визначення правового статусу юридичної особи. Так, відповідно до ст. 154 Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» до компаній застосовується право держави, в якій вони засновані, за умови відповідності встановленим правом цієї держави вимогам в частині оприлюднення або реєстрації, за відсутності таких вимог – за умови заснування відповідно до права цієї держави. Щодо компанії, яка не відповідає зазначеним вимогам, застосовним є право держави, з якої фактично здійснюється управління⁵.

Згідно зі ст. 25 Закону Італії «Про міжнародне приватне право» особистий закон юридичної особи встановлюється правом тієї країни, де завершено дії щодо її створення. Якщо орган управління юридичної особи або місце здійснення основної діяльності розташовано на території Італії, підлягає застосуванню італійське право⁶.

Цілоком можна погодитись із думкою українських правників, що «нині вчені вказують на кризу колізійно-правового регулювання питань приватноправового статусу юридичної особи, яка виражається у неможливості відшукати таку єдину колізійну прив'язку, яка задовольняла б інтереси більшості держав та відповідала потребам інтернаціональних економічних зв'язків, що розвиваються»⁷.

Таким чином, єдине правове регулювання у таких питаннях, як визначення державної належності іноземної юридичної особи та встановлення її особистого закону (статуту) у державах-членах ЄС, відсутнє.

Поряд із тим на міжнародному рівні неодноразово робились спроби певним чином здійснити уніфікацію або гармонізацію вказаної сфери правового регулювання. Слід згадати про безуспішний досвід уніфікації норм стосовно деяких колізійно-правових питань правового статусу юридичних осіб країнами Європи, а саме Конвенцію про визнання правосуб'єктності іноземних товариств, асоціацій та установ 1956 р., Європейську конвенцію щодо заснування компаній 1966 р., Брюссельську конвенцію країн Європейського економічного співтовариства про взаємне визнання компаній 1968 р., які не набули чинності через недостатню кількість ратифікацій державами-учасниками.

Конвенція про визнання правосуб'єктності іноземних товариств, асоціацій та установ 1956 р., яка була розроблена в рамках Гаазької конференції з міжнародного приватного права, містила критерій інкорпорації щодо визначення особистого закону юридичної особи, однак у деяких випадках його застосування обмежувалось. Так, правосуб'єктність організації може бути не визнана в державі-учасниці, якщо законодавство останньої містить критерій реальної осілості та якщо буде доведено, що організація має вказану «осілість» на території цієї держави; у визнанні організації юридичною особою може бути відмовлено у випадку, якщо його «центральна адміністрація» знаходиться на території будь-якої третьої держави, законодавство якої містить критерій реальної осілості⁸. Конвенцію ратифікували лише Франція, Бельгія, Нідерланди.

Брюссельська конвенція країн Європейського економічного співтовариства про взаємне визнання компаній була підписана 29 лютого 1968 р., який містив критерій інкорпорації, що застосовувався до компаній на «території держав – учасників ЄЕС». Так, якщо компанія інкорпорована в одній із держав-учасниць, її адміністративний центр знаходиться в іншій державі-учасниці, то інші держави ЄЕС зобов'язані визнати таку компанію. При цьому держава місцезнаходження адміністративного центру отримувала право застосовувати до таких компаній імперативні норми власних законодавств, що регулюють діяльність аналогічних форм місцевих компаній, включаючи норми щодо створення та ліквідації компаній. Розташування адміністративного центру компанії за межами території держав ЄЕС дозволяло державам відмовляти компаніям у визнанні на підставі, що їх діяльність не має «сталого зв'язку» із економікою однієї їх держав «спільного ринку»⁹. Ця конвенція не набула чинності у зв'язку із не підписанням її Нідерландами.

Разом з тим в ЄС, у рамках якого запроваджено свободу руху товарів, послуг, робочої сили та капіталу, розбіжність колізійно-правового регулювання статусу юридичних осіб не відповідає основам, закладеним у

ці свободи. Так, установчі документи ЄС, а саме ст. ст. 49 та 54 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЕС) визначають свободу заснування та економічної діяльності компаній¹⁰, відповідно до яких створення юридичної особи має здійснюватися на умовах, що визначаються законодавством країни для власних громадян та згідно з положеннями глави щодо безперешкодного руху капіталів. Свобода заснування, як складова економічної свободи – однієї із концептуальних засад права ЄС, передбачає виключення всіх обмежень, що існують у національних законодавствах стосовно заснування іноземними суб'єктами компаній або перенесення в її юрисдикцію існуючих іноземних компаній, а також заснування ними в цій країні власних представництв, філій та дочірніх організацій¹¹. Термін «компанії» (англ. *company*, нім. *Gesellschaft*, франц. *societe*), що міститься у ДФЕС, «є широким за своїм значенням та не обмежується до певних правових структур або певних категорій осіб чи акціонерів»¹². Свобода заснування та економічної діяльності означає заборону прямої або непрямой дискримінації суб'єктів підприємницької діяльності держав-членів та території іншої держави-члена¹³.

ЄС дотримується позиції, що форми юридичних осіб у кожній державі-члені ЄС мають свою історичну традицію і класифікацію, а їх діяльність визначається насамперед національним законодавством. Так, Суд ЄС у справі Daily Mail вказує: «товариства є утвореннями права, та, відповідно до сучасного статусу права Спільнот, утвореннями національного права. Вони існують остільки, оскільки змінюється національне законодавство, яким і визначається порядок їх створення та діяльності»¹⁴.

Разом з тим ЄС не пішов шляхом розробки уніфікованих колізійних норм, які б мали регулювати правовий статус юридичних осіб (хоча саме цей шлях він обрав для регулювання ряду інших приватних відносин з іноземним елементом, розробивши, наприклад, Регламенти Рим I та Рим II). Одним із способів, який міг усунути проблеми, що виникають в ЄС у зв'язку із неодноманітним національним колізійним регулюванням правового статусу юридичних осіб та сприяв би безперешкодній реалізації всіх свобод в рамках ЄС, став шлях розробки уніфікованого правового регулювання статусу та діяльності юридичних осіб нового типу – «європейських» юридичних осіб. Так, з метою забезпечення безперешкодного функціонування Єдиного ринку на території ЄС створено такі нові організаційно-правові форми юридичних осіб, як європейська компанія (*Societas Europaea, SE*), європейський кооператив (*Societas Cooperative Europaea, SCE*), європейське об'єднання за економічними інтересами (*European Economic Interest Grouping EEIG*).

Багато відомих компаній в ЄС стали новими «європейськими» компаніями, зокрема Allianz SE (ФРН), Elcoteq SE (Люксембург), Airbus Group SE (Нідерланди), Christian Dior SE (Франція), CompuGroup Medical SE (ФРН), E.ON SE (ФРН), Groupe Eurotunnel SE (Франція), LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton SE (Франція), MANSE (ФРН), Porsche Automobil Holding SE (ФРН), ProSiebenSat.1 Media SE (ФРН), SYNERGIESE (Франція), Wiener Privatbank SE (Австрія), Würth SE (ФРН) та багато інших¹⁵.

Європейською комісією розробляються проекти щодо таких нових форм, як європейська приватна компанія, європейська асоціація, європейське товариство взаємодопомоги.

Ідея створення нових форм юридичних осіб полягала в тому, що на відміну від компаній національного права діяльність таких нових форм мала б регулюватись безпосередньо правом ЄС. «Основною метою при розробці статусу нових видів юридичних осіб, що регулюється не національним законодавством однієї з держав-членів ЄС, а правом ЄС, було створення європейських комерційних організацій, здатних вільно розмішувати центри своєї підприємницької діяльності в рамках ЄС»¹⁶.

Водночас регламенти та директиви, які регламентують діяльність нових організаційно-правових форм юридичних осіб, містять колізійно-правові критерії щодо регулювання статусу таких осіб, проте зберігають компетенцію вирішення багатьох так званих статутних питань за національним правом держави-члена ЄС.

Так, правовою основою діяльності європейського об'єднання за економічними інтересами є Регламент 2137/855. Однак питання визнання європейського об'єднання за економічними інтересами юридичною особою залишено на розсуд країни-члена ЄС (Італія, ФРН не визнають такі організаційно-правові форми юридичними особами). На думку С.Ю. Кашкіна та А.В. Жупанова, «...це є виправданим, так як на сьогоднішній день правова система ЄС не передбачає створення суб'єктів приватного права особливого типу (*sui generis*)»¹⁷.

Європейське об'єднання за економічними інтересами дає змогу компаніям об'єднати зусилля для досягнення єдиної спільної мети без втрати «самостійності». Таке об'єднання може бути спрямовано на досягнення економічної цілі учасників, наприклад, просування на ринок товарів, проведення спільних науково-дослідних робіт, вирішення юридичних питань тощо. Наприклад, мережа організацій «Multi-Poles EEIG», Organization of European Cancer Institutes в Брюсселі (центр наукових розробок у сфері боротьби із раковими захворюваннями), телеканал «ARTE» (Франція-ФРН), «Hockey Europe» (федерація центральноєвропейських професійних ліг хокею із шайбою) та інші.

Діяльність європейської компанії здійснюється на підставі Регламенту Ради ЄС 2157/2001 про статут європейської компанії та Директиви Ради ЄС 2001/86/ЄС про участь робітників в управлінні європейської компанії. Європейська компанія прирівнюється до національних акціонерних товариств тієї держави-члена ЄС, в якій виконані реєстраційні дії щодо створення компанії (ст. 3 Регламенту), статутний капітал європейської компанії поділено на акції, мінімальний розмір якого не може бути менший 120 тис. євро (ст. 4 Регламенту). Якщо певні питання діяльності компанії не врегульовано, врегульовано частково або не належать до сфери правового регулювання Регламентом 2157/2001 підлягають застосуванню відповідні норми держави-члена ЄС, в першу чергу які направлено на імплементацію заходів ЄС щодо європейських компаній; у другу – щодо акціонерних товариств, що створені за правом держави-члена, в якій зареєстровано європей-

ську компанію; у третю – положеннями статуту європейської компанії, які застосовуються до акціонерних товариств, створених за правом держави-члена, в якій зареєстровано європейську компанію (ст. 9 Регламенту). Відповідно до цього Регламенту, європейська компанія в кожній державі-члені поводить ся так, ніби це акціонерне товариство з обмеженою відповідальністю, утворено відповідно до законодавства держави-члена, в якій воно має зареєстрований офіс (ст. 10)¹⁸. Європейська компанія визнається юридичною особою у всіх державах-членах ЄС та має право здійснювати свою діяльність на території держав-членів ЄС без проходження процедур реєстрації в кожній з них.

Важливо зазначити, що Регламент 2157/2001 містить чимало положень, що здійснюють відсилку на правові норми національного законодавства, тим самим підкреслюючи взаємозв'язок нової організаційно-правової форми «наднаціонального» характеру із національним правом держав-членів ЄС (що є недоліком та призводить до певної правової невизначеності при формуванні компанії у зв'язку із розбіжностями законодавств держав-членів). Це питання щодо статутного капіталу, оподаткування, порядку проведення загальних зборів акціонерів та ухвалення ними рішень, банкрутства, конкуренції, захисту прав інтелектуальної власності тощо. Так, у п. 5 ст. 2 Регламенту зазначено, що питання допуску до участі в європейській компанії зареєстрованих в ЄС та таких, що мають стійкий зв'язок зі спільним ринком юридичних осіб, головні офіси яких знаходяться в третій державі, регулюється національним законодавством¹⁹. У п. 3 ст. 4 Регламенту вказано, що законодавство держави-члена, яке містить вимоги щодо більш високого розміру статутного капіталу для компаній, що здійснюють певні види діяльності, застосовується до європейської компанії із зареєстрованим офісом у цій державі-члені²⁰.

Крім того, проблема можливості переміщення місця реєстрації європейської компанії з-поміж держав-членів ЄС не знайшла однозначного вирішення. Так, Регламентом встановлено, що місце реєстрації європейської компанії має бути на території держави-члена, де розміщено її адміністративний центр. При цьому держава-член має право встановлювати додаткові зобов'язання щодо розташування адміністративного центру за місцем реєстрації такої європейської компанії (ст. 7 Регламенту). Таким чином, вимога збігу місця реєстрації та місця знаходження адміністративного центру значно перешкоджає мобільності європейських компаній, а переміщення адміністративного центру в іншу державу без переміщення статутного місцезнаходження кваліфікується як «неправомірна обставина».

Отже, запровадження нових форм юридичних осіб у ЄС дає змогу деякою мірою успішно долати питання, що викликані розбіжностями у колізійному регулюванні національними законодавствами державами-членами ЄС (наприклад, визнання країнами-членами ЄС правосуб'єктності європейської компанії, можливості спрощення організаційної структури та можливості переміщення з-поміж країн-членів ЄС без ліквідації цієї компанії в країні заснування тощо).

Ще одним способом вирішення проблеми відсутності єдиного правового регулювання питань діяльності юридичних осіб в ЄС є видання директив, які зобов'язують державу-член внести зміни в національне законодавство з метою гармонізації певної сфери правового регулювання. «У рамках програми гармонізації корпоративного права шляхом прийняття директив ЄС прагнуть створити принаймні мінімальні однакові правила регулювання тих чи інших аспектів корпоративних відносин для всіх держав-членів»²¹. Так, органами ЄС було заплановано ухвалення 15 директив щодо різних питань правового статусу та діяльності юридичних осіб, проте внаслідок значних розбіжностей у національних законодавствах держав-членів тільки 11 із них набули чинності.

У контексті вищезазначеного варто згадати про проєкт Чотирнадцятої директиви щодо переміщення місцезнаходження компаній, з прийняттям якої стало б можливим вирішення питання щодо своєрідного компромісу застосування теорій осілості та інкорпорації. Європейською Комісією проєкт директиви було вперше представлено у 1997 р., яка планувалась для вирішення питання щодо переміщення статутного та фактичного місцезнаходження юридичної особи одночасно із збереженням правосуб'єктності, проте із зміною застосовного права. «Проєкт розглядає обидва критерії як рівнозначні, вибір застосування якого саме залишено на розсуд за державою-членом»²². У проєкті директиви містились положення, що мали б поширюватись на всі компанії, але на стадії обговорення проєкту було запропоновано обмежити коло таких компаній господарськими товариствами. Проєкт залишається на сьогодні не схваленим через відсутність узгодженої позиції держав-членів щодо багатьох аспектів.

14 червня 2017 р. прийнято Директиву 2017/1132 щодо певних аспектів законодавства про товариства, яка є кодифікованою версією застарілих і неодноразово змінюваних інших директив (82/891/ЄЕС, 89/666/ЄЕС, 2005/56/ЄС, 2009/101/ЄС, 2011/35/ЄС, 2012/30/ЄС). Крім того, 27 листопада 2019 р. Європейський Парламент та Рада прийняли Директиву 2019/2121 про транскордонні перетворення, злиття та поділи²³, що вносить зміни до Директиви 2017/1132. Положення директиви мають забезпечити майже ідентичний процес щодо трьох транскордонних операцій для товариств з обмеженою відповідальністю на всій території ЄС. При цьому компанія зберігає правосуб'єктність у приймаючій державі (включно із активами, зобов'язаннями, зокрема, угодами, що укладені в державі створення). Директива 2019/2121 містить положення щодо «перевірки проти зловживань». Так, якщо компетентний орган вважає, що транскордонна операція може бути використана для зловживання, шахрайства чи злочинних цілей, у компетентного органу буде додатково три місяці для подальшої оцінки, яка може включати вимогу незалежного експертного звіту.

Разом з тим значний вплив на колізійно-правове регулювання статусу юридичних осіб у ЄС мали рішення Суду ЄС, зокрема, у таких справах як «Daily Mail», «Centros», «Überseering», «InspireArt», «Carte-

sio», «Vale», «National Grid Indus», «Polbud». У цих справах Суд ЄС розглядав, серед іншого, питання законодавчих перешкод при переміщенні компаній як зі сторони приймаючої держави, так зі сторони держави – «вибуття», тобто у своїй основі, це питання тлумачення принципу «свободи заснування та економічної діяльності», які межі цієї «свободи», що міститься в установчих договорах ЄС. Стосовно отримання переваг в частині більш «ліберального» законодавства свобода заснування не є зловживанням правом, про що зазначалось у судових рішеннях «Daily Mail» та «National Grid Indus». «Факт, що компанія переміщує свій зареєстрований офіс з однієї держави-члена до іншої, не може бути підставою для загальної презумпції шахрайства і не може виправдовувати заходи, що негативно впливають на здійснення гарантованої ДФЄС свободи заснування»²⁴.

Суд ЄС у своєму рішенні у справі Polbud зазначив, що свобода заснування поширюється на переміщення зареєстрованого органу правління юридичної особи з однієї держави-члена ЄС до іншої, навіть якщо не передбачається здійснення реальної економічної діяльності в цій державі. Також було виключено можливість застосування до юридичної особи норм національного законодавства щодо вимог її ліквідації у випадку, коли юридична особа бажає припинити реєстрацію при переміщенні органів правління в іншу державу. Вказаним рішенням наголошено на тому, що законодавство ЄС поширює дію свободи заснування на всі види юридичних осіб, які створені на підставі норм національних законодавств держав-членів ЄС та мають зареєстрований орган правління або основне місце діяльності на території держави-члена. З цього випливає можливість, зокрема, здійснити перетворення юридичної особи на іншу юридичну особу, що регулюється правом іншої держави-члена ЄС.

Слід зазначити, що у справах Centros Ltd та Überseering B. V. Судом ЄС наголошено на необхідності розробки державами-членами норм національного законодавства, що будуть перешкоджати зловживанням правом при заснуванні юридичних осіб, оскільки фактично рішення у цих справах надавало можливість формального заснування компаній у державах з найбільш ліберальними умовами ведення діяльності, що призводить до зловживань зі сторони компаній. Директива 2019/2121 містить положення, що частково регулюють вказані проблемні аспекти.

Рішення Суду ЄС в контексті вирішення колізійно-правових питань долає певні труднощі, що пов'язані, наприклад, із транскордонним переміщенням юридичних осіб, зокрема невизнання їх правосуб'єктності, так як правила, які встановлює Суд ЄС у своїх рішеннях, є обов'язковими для всіх судів держав-членів. Однак Суд ЄС, розглядаючи кожний випадок, окремо не вирішує всіх правових аспектів діяльності юридичних осіб, що пов'язані із їх правовим статусом, та не створює правових норм. Це зумовлює актуальність вирішення зазначених проблемних питань шляхом гармонізації законодавства в рамках ЄС. Аналіз рішень Суду ЄС в даному дослідженні, зокрема, в частині «співіснування» задекларованим в установчих договорах ЄС принципу свободи та норм національних законодавств, виявляють наявність тенденції нівелювання значення такого колізійного способу регулювання правових відносин із іноземним елементом, як теорія осілості.

Висновки. У багатьох державах-членах ЄС використовуються два критерії визначення особистого закону юридичної особи: критерій осілості та критерій інкорпорації. Однак застосування теорії осілості при визначенні особистого закону (статуту) юридичної особи фактично перешкоджає реалізації принципу свободи заснування, який міститься в ДФЄС, оскільки переміщення центрів управління юридичної особи на територію держави, де застосовується теорія осілості, має наслідком зміну застосовного права, а також втрату правосуб'єктності юридичної особи. Вказана позиція обґрунтована прецедентною практикою Суду ЄС. Крім того, застосування теорії осілості та інкорпорації значно ускладнює процеси регулювання діяльності юридичних осіб та гальмує процеси розвитку єдиного ринку у ЄС.

Досвід держав Європи з розробки міжнародного договору, який містить норми щодо уніфікованого правового регулювання статусу юридичних осіб, не виявився ефективним. ЄС обрав інші механізми вирішення колізійних проблем правового статусу юридичних осіб, а саме: гармонізація національних законодавств держав-членів ЄС з окремих питань правового статусу та діяльності юридичних осіб, а також створення нових організаційно-правових форм юридичних осіб, правовий статус та діяльність яких регулюється правом ЄС. Це частково долає певні питання колізійно-правового регулювання статусу юридичних осіб, наприклад, питання транскордонного переміщення європейських компаній, європейських кооперативів; відповідно до Директиви ЄС 2019/2121 має бути гармонізовано норми законодавств держав-членів ЄС щодо транскордонного перетворення, злиття та поділу товариств з обмеженою відповідальністю.

¹ Європейське право: Право Європейського Союзу: підручник: у 3 кн. / за заг. ред. В.І. Муравйова. Київ: Ін Юре, 2015. Кн. 2. 324 с.

² Калініна О.М. Перспективи транскордонного переміщення компаній в Європейському Союзі з урахуванням останніх правових змін. ISSN 2226/3047 *Вісник Маріупольського державного університету*. 2013. Вип. 6. С. 298 (Серія «Право»).

³ Dutch Civil Code. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

⁴ Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебник: в 2 т. / ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Международные отношения, 2004. Т. I. С. 50–61.

⁵ Switzerland's Federal Code on Private International Law. URL: <https://www.umbricht.ch/en/swiss-private-international-law-cpil>

⁶ Legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. URL: <https://www.brocardi.it/legge-diritto-internazionale-privato>

⁷ Міжнародне приватне право: підручник. 4-те вид., перероб і допов. / Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Київ: Атіка, 2009. 123 с.

- ⁸ Кадышева О.В. Национальность юридических лиц в международном частном праве. автореф. дисс. ... канд. юрид. наук, Москва, 2003. 16 с.
- ⁹ Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. Москва: Статут, 2003. 21 с.
- ¹⁰ Official Journal of the European Union Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union. Brussels, 09.05.2008, P. 33, URL: <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:EN:PDF>
- ¹¹ Thomale and Weller. Freedom of establishment Persons (European Union) and private international law. In: Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. Vol. 1. P. 807.
- ¹² Wolff G. The Commission's Programme for Company Law Harmonisation: The Winding Road to a Uniform European Company Law? Andenas M. and Kenyon-Slade S. (eds), EC Financial Market Regulation and Company Law, Sweet and Maxwell, 1993. P. 51.
- ¹³ Європейське право: Право Європейського Союзу: підручник: у 3 кн. / за заг. ред. В.І. Муравйова. Київ: Ін Юре, 2015. Кн. 2. С. 77.
- ¹⁴ Case 81/87 The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue Ex parte Daily Mail and General Trust plc [1998] ECR 5483. URL: <http://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?jsessionid=568CB65BA6B17B1A3964F5E40F2520C2?id=C%3B8>
- ¹⁵ European Company (SE) database – ECDB. Worker. Participation. EU. URL: <http://ecdb.worker-participation.eu/>
- ¹⁶ Корпоративне право Європейського Союзу: підручник / за заг. ред. Муравйова В.І. Київ: Юрінком, 2001. 346 с.
- ¹⁷ Кашкин С.Ю., Жупанов А.В. Юридические лица в праве Европейского союза: организационно-правовые аспекты регулирования корпоративных отношений. *Lex russica*. 2013. № 7. URL: <https://center-bereg.ru/o549.html>
- ¹⁸ Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32001R2157>
- ¹⁹ Там само.
- ²⁰ Там само.
- ²¹ Європейське право: Право Європейського Союзу: підручник: у 3 кн. / за заг. ред. В.І. Муравйова. Київ: Ін Юре, 2015. Кн. 2. С. 330.
- ²² Калашников Г.О. Свободное перемещение местонахождения компании по праву ЕС. *Международное публичное и частное право*. 2006. Вып 6. С. 8–13. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/16347-svobodnoe-peremeshhenie-mestonakhozhdeniya-kompanii-pravu>
- ²³ Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions (Text with EEA relevance). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32019L2121>
- ²⁴ Case C-106/16 Polbud [2017]. URL: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0106&lang1=en&type=TEXT&ancre=>

Резюме

Овечкіна О.С. Способи вирішення колізійних питань статусу юридичних осіб у праві ЄС та в законодавстві деяких його держав-членів.

У статті досліджується питання вирішення правових колізій, що зумовлені відсутністю єдиного підходу до регулювання приватноправового статусу юридичних осіб у державах-членах ЄС. Зазначається, що застосування критерію осілості в державах-членах ЄС фактично перешкоджає реалізації принципу свободи заснування, що визначено установчими договорами ЄС. Встановлено, що у ЄС здійснюються процеси гармонізації національних законодавств держав-членів з окремих питань правового статусу та діяльності юридичних осіб, а також створення нових організаційно-правових форм юридичних осіб, правовий статус та діяльність яких регулюється правом ЄС.

Ключові слова: статус юридичної особи, критерій інкорпорації, критерій осілості, Європейський Союз, принцип свободи заснування, гармонізація законодавства.

Резюме

Овечкіна О.С. Способы решения коллизионных вопросов статуса юридических лиц в праве ЕС и в законодательстве некоторых его государств-членов.

В статье исследуются вопросы решения правовых коллизий, которые обусловлены отсутствием единого подхода к регулированию частноправового статуса юридических лиц в государствах-членах ЕС. Отмечается, что использование критерия оседлости в государствах-членах ЕС фактически препятствует принципу свободы учреждения, который содержится в учредительных договорах ЕС. Установлено, что в ЕС осуществляются процессы гармонизации национальных законодательств государств-членов относительно отдельных вопросов правового статуса и деятельности юридических лиц, а также создание новых организационно-правовых форм юридических лиц, правовой статус и деятельность которых регулируется правом ЕС.

Ключевые слова: статус юридического лица, критерий инкорпорации, критерий оседлости, Европейский Союз, принцип свободы учреждения, гармонизация законодательства.

Summary

Olga Ovechkina. Ways to resolve conflicting issues of the status of legal entities in EU law and in the legislation of some of its member states.

The article examines the issue of resolving legal conflicts due to the lack of a unified approach to regulating the private status of legal entities in EU member states.

Many EU Member States use two criteria for determining the personal law of a legal entity: the settlement criterion and the incorporation criterion. However, the application of the theory of settlement in determining the personal law (statute) of a legal entity actually impedes the implementation of the principle of freedom of establishment contained in the TFEU, as the relocation of control centers of the legal entity to the state where the theory of settlement is applied, loss of legal personality of a legal entity. This position is based on the case law of the Court of Justice.

In addition, the application of the theory of settlement and incorporation significantly complicates the process of regulating the activities of legal entities and slows down the development of the single market in the EU.

The experience of European countries in drafting an international treaty containing norms on unified legal regulation of the status of legal entities has not proved effective. The EU has chosen other mechanisms for resolving conflicting issues of legal status of legal entities, namely: harmonization of national laws of EU member states on certain issues of legal status and activities of legal entities, as well as the creation of new organizational and legal forms of legal entities. This partially overcomes certain issues of conflict-of-law regulation of the status of legal entities, for example, the issue of cross-border movement of European companies, European cooperatives; in accordance with EU Directive 2019/2121, the rules of the laws of the Member States on cross-border transformation, mergers and divisions of limited liability companies should be harmonized.

Key words: the status of a legal entity, the criterion of incorporation, the criterion of settlement, the European Union, the principle of freedom of establishment. harmonization of legislation.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.74

УДК 341.1:330.34

A.A. ПЕТРЕНКО

*Анатолій Анатолійович Петренко, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-1646-6652

АКТИ ОЕСР ЯК ІНСТРУМЕНТИ М'ЯКОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Однією з характерних рис сучасної системи міжнародних відносин є те, що регуляторами в ній виступають не тільки норми міжнародного права, а й політичні та моральні норми, а також норми міжнародного м'якого права. Останнє, за словами відомого українського та російського юриста-міжнародника І.І. Лукашук, «являють собою закономірне явище, що дозволяє забезпечити нормативне регулювання в тих випадках, коли за допомогою твердого права зробити це неможливо»¹. У міжнародно-правовій літературі, як західній, так і вітчизняній, немає одностайності в питанні, що саме слід розуміти під м'яким міжнародним правом. По-перше, ряд науковців, наприклад, професор Університету Париж II Проспер Вейль, взагалі не сприймають це явище, наголошуючи, що «залишається фактом те, що поширення «м'яких норм», таких що деякі також називають «повчальним» або «програмним» правом, не допомагає зміцненню міжнародної нормативної системи»². На думку інших, м'яке право – це «різноманітність юридично необов'язкових інструментів, що використовуються у сучасних міжнародних відносинах державами та міжнародними організаціями»³. За такого підходу до м'якого міжнародного права зараховуються норми, які містяться в численних резолюціях, рекомендаціях, керівних принципах, модельних законодавчих актах, що приймаються міжнародними організаціями та конференціями, спільних заявах та комюніке, політичних документах Організації з безпеки та співробітництва в Європі тощо, тобто норми, які, строго кажучи, не є міжнародно-правовими у буквальному значенні. Згідно з альтернативною точкою зору під нормами м'якого міжнародного права розуміються норми міжнародного права, хоча й досить специфічного характеру, оскільки на відміну від норм «твердого міжнародного права» вони не накладають на суб'єктів міжнародного права чітких юридичних зобов'язань, а їхні формулювання носять достатньо розпливчатий характер на кшталт «вживатимуть всіх необхідних заходів», «здійснюватимуть всі практичні кроки», «будуть намагатися з урахуванням конкретних умов» тощо. Деякі науковці дотримуються так би мовити компромісної точки зору і вважають, що ««м'яке право» за нормативним складом являє собою сукупність, що складається з двох видів норм: договірних та норм, що містяться в актах рекомендаційного характеру»⁴.

Незалежно від цих серйозних доктринальних розбіжностей щодо природи м'якого міжнародного права, твердження про суттєву, можливо навіть вирішальну, роль міжнародних організацій в його становленні та розвитку навряд чи викликатиме заперечення. Однією з таких міжнародних організацій, чия нормотворча діяльність значною мірою реалізується шляхом прийняття юридично не зобов'язуючих, але водночас таких, що здійснюють значний вплив на поведінку суб'єктів міжнародного права, документів є Організація економічного співробітництва та розвитку (Organisation for Economic Cooperation and Development), яка об'єднує 36 промислово розвинутих держав світу. Як цілком справедливо наголошує сучасна вітчизняна дослідниця міжнародно-правового статусу ОЕСР В.П. Тичина, «переважна більшість актів ОЕСР містять норми «м'якого права», які впливають на формування правових засад і підвищення стандартів соціально-економічного розвитку держави через широкі дискреційні можливості щодо їх впровадження в національне законодавство та міжнародну практику»⁵. Питання ролі ОЕСР у створенні актів м'якого міжнародного права не належить до найбільш досліджуваних у вітчизняній та зарубіжній міжнародно-правовій літературі, проте до тих чи

© А.А. Петренко, 2020

* *Anatolii Petrenko, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

інших аспектів цієї проблематики крім вищезгаданої В.П. Тичини зверталися такі науковці, як Дж. Зальцман⁶, Н. Бонуччі⁷, А. Шефер⁸, М. Маркуссен⁹, М. Блачуцький¹⁰, Е. Сантнер¹¹, Л. Даварнежад¹², Г. Бухгольц¹³ та інші. Отже, метою даної статті є дослідження реалізації нормотворчої функції ОЕСР у формі прийняття актів м'якого міжнародного права.

Як вже зазначалося вище, нормотворча діяльність ОЕСР відбувається значною мірою за допомогою таких правових інструментів, які не будучи з формально юридичної точки зору обов'язковими для держав-членів ОЕСР, не кажучи вже про інші держави, тим не менш виступають потужним засобом регулювання міждержавного співробітництва у найрізноманітніших сферах і здійснюють суттєвий вплив на розвиток відповідного законодавства держав-членів ОЕСР та інших держав. Так, з усієї кількості нормативних актів різної юридичної сили, прийнятих або розроблених під егідою ОЕСР протягом усього періоду існування цієї міжнародної організації, акти, положення яких можна розглядати в якості норм м'якого міжнародного права, становлять приблизно 78 відсотків. Загалом в рамках ОЕСР було прийнято 454 нормативних актів, з них – 13 міжнародних договорів, 87 рішень, 300 рекомендацій, 36 декларацій та 18 інших юридично необов'язкових міжнародних документів¹⁴.

Як можна побачити з наведеної вище статистики, ОЕСР віддає перевагу саме прийняттю рекомендацій, які, за слухним зауваженням В.П. Тичини, «мають беззаперечний авторитет, адже висловлюють загальну позицію всіх членів Організації»¹⁵. Американський юрист-міжнародник професор Дж. Зальцман, який мав свого часу досвід практичної роботи у Секретаріаті ОЕСР, наголошує на тому, що держави-члени ОЕСР застосовують рекомендації або з метою впливу на внутрішню політику, використовуючи їх як аргумент на користь того, що Організація схвалила той чи інший підхід, або як попередника для прийняття згодом юридично обов'язкового рішення¹⁶. Рекомендації приймаються відповідно до ст. ст. 5, 6 та 7 Конвенції про ОЕСР¹⁷ та п. в 18 правила Правил процедури ОЕСР¹⁸ та передаються державам-члена на розгляд з тим, щоб вони могли в тому випадку, якщо вони вважатимуть це доцільним, імплементувати їх у своє національне законодавство.

Серед основних напрямків міжнародної нормотворчості ОЕСР, що здійснюється за допомогою інструментів м'якого права, слід насамперед зазначити питання боротьби з корупцією. У відповідних рекомендаціях, прийнятих Радою ОЕСР, знайшли своє відображення питання відмови від звільнення від оподаткування щодо видатків, які є хабарами посадовим особам іноземних держав, забезпечення принципів прозорості та чесності в лобюванні, правового регулювання державних закупівель, відповідальної ділової поведінки, запобігання хабарництву під час здійснення експортних операцій, боротьби з корупцією та дотриманню доброчесності на підприємствах, що перебувають у державній власності тощо. З самого початку функціонування ОЕСР велика увага приділялася міжнародному співробітництву з податкових питань, що знайшло відображення в низці рекомендацій. Так, загалом з податкових питань Радою ОЕСР було прийнято 37 рекомендацій, з яких на сьогоднішній день чинними є 18, а 19 втратили силу¹⁹. Ці рекомендації охоплюють питання запобігання уникненню та ухиленню від сплати податків, уникнення подвійного оподаткування щодо податків на майно та спадщину, а також подарунки, використання Модельної угоди ОЕСР про проведення одночасних податкових перевірок, застосування положень Модельної конвенції ОЕСР щодо податків на доходи і капітал при укладанні двосторонніх міжнародних договорів з податкових питань, протидії згубній податковій конкуренції, використання ідентифікаційних номерів платника податку в міжнародному контексті, принципів діяльності незалежних фіскальних інститутів тощо. Серед інших напрямів, у яких ОЕСР здійснює нормативне регулювання міжнародних відносин, використовуючи такий інструмент м'якого міжнародного права, як Рекомендації Ради ОЕСР слід зазначити питання державного управління, регіонального розвитку, охорони навколишнього середовища, фінансів та інвестицій, торгівлі, промисловості, соціальної політики, захисту прав споживачів, науки та освіти, суднобудування та транспорту, енергетики тощо.

Важливим видом міжнародно-правових інструментів ОЕСР, які також належать до м'якого міжнародного права, є декларації. Декларації ОЕСР є юридично необов'язковими документами рамкового характеру, що встановлюють загальні принципи та довготермінові цілі співробітництва держав в рамках цієї міжнародної організації. Прийняття декларацій відбувається, як правило, на засіданнях Ради ОЕСР на міністерському рівні. Строго кажучи, декларації не є актами ОЕСР в розумінні ст. 5 Конвенції ОЕСР, проте на практиці їх виконання контролюється органами ОЕСР. Яскравим прикладом, що свідчить про ефективність нормативного регулювання співробітництва держав таким шляхом, є одна із найбільш важливих декларацій ОЕСР, а саме – Декларація про міжнародні інвестиції та багатонаціональні підприємства від 21 червня 1976 р., відповідно до якої були прийняті Керівні принципи ОЕСР для багатонаціональних підприємств²⁰. Ця декларація передбачає надання іноземним інвесторам національного режиму, тобто не менш сприятливого, ніж для національних інвесторів, проте із застереженням щодо можливості певних винятків із такого режиму, виходячи з необхідності підтримання громадського порядку, захисту своїх суттєвих безпекових інтересів та виконання зобов'язань, що стосуються міжнародного миру й безпеки. У декларації закріплюється положення, згідно з яким держави-підписанти будуть співробітничати з метою уникнення або мінімізації суперечливих вимог щодо багатонаціональних підприємств, а також зміцнювати співробітництво в сфері прямого іноземного інвестування та проводити консультації між собою з цього питання. Керівні принципи ОЕСР для багатонаціональних підприємств, що є додатком до декларації, являють собою рекомендації, які надаються урядами найбільш промислово розвинутих держав світу багатонаціональним підприємствам, спрямовані на те, щоб діяльність таких підприємств відповідала політиці держав, на зміцнення основ взаємної довіри між під-

примствами та суспільствами, в яких вони здійснюють свою діяльність, та покращенню клімату для іноземних інвестицій і збільшення внеску багатонаціональних підприємств у сталий розвиток. У науковій літературі іноді висловлюється точка зору, згідно з якою положення цієї декларації «можуть трактуватися як юридично обов'язкові для сторін»²¹. Серйозним аргументом на користь юридичної обов'язковості цієї декларації є той факт, що під час приєднання до неї держави, яка не є членом ОЕСР, укладається відповідна міжнародна угода у формі обміну нотами, що й було зроблено при приєднанні України у 2017 р. до цього документа²². Разом із тим таке твердження про юридичну обов'язковість декларації викликає сумніви, оскільки це не узгоджується з офіційною позицією самої організації, відповідно до якої декларація містить лише «важливі політичні зобов'язання»²³. Водночас положення декларації щодо національного режиму, суперечливих вимог, міжнародних інвестиційних перешкод та стимулів і консультаційних процедур знайшли подальший розвиток і втілення в юридично обов'язкових Рішеннях, прийнятих Радою ОЕСР 27 червня 2000 р. (з доповненнями від 25 травня 2011 р.)²⁴, 12 грудня 1991 р. (з доповненнями від 11 липня 2013 р.)²⁵, 5 червня 1991 р.²⁶ та 17 травня 1984 р.²⁷

Серед інших прикладів юридично незобов'язуючих, проте політично значущих декларацій ОЕСР можна згадати Декларацію про екологічну політику від 14 листопада 1974 р.²⁸, у якій було проголошено, що захист та поступове покращення якості навколишнього середовища є одним із основних завдань держав-членів ОЕСР, Декларацію про торговельну політику від 4 червня 1980 р.²⁹, яка спрямована на розширення світової торгівлі на багатосторонній основі і продовження зусиль щодо зменшення та усунення будь-яких перешкод у торгівлі товарами та послугами, Декларація про міжнародне науково-технічне співробітництво для сталого розвитку від 30 січня 2004 р.³⁰, що наголошує на вирішальній ролі науки і техніки як ключових інструментів вирішення проблем сталого розвитку, включаючи такі сфери, як водні ресурси, енергетика, охорона здоров'я, сільське господарство та біорізноманіття, Декларація про суверенні фонди національного добробуту та політику держав-отримувачів від 5 червня 2008 р.³¹, яка визначила принципи, що відображають зобов'язання держав ОЕСР щодо сприяння створенню відкритого глобального інвестиційного середовища. Серед найновітніших документів, прийнятих під егідою ОЕСР у формі декларації, варто відзначити Декларацію про інновації в державному секторі від 22 травня 2019 р.³², в якій держави-підписанти підтвердили свою позицію щодо сприйняття та поширення інновацій в державному секторі, заохочення державних службовців до запровадження інновацій, налагодження партнерських відносин між державним та приватним секторами, підтримання наукових досліджень і обміну досвідом в цій сфері. Свідченням гнучкості такого засобу регулювання міждержавних відносин, як прийняття політично зобов'язуючих декларацій є те, що відповідно до практики ОЕСР вони відкриті для підписання і для держав, які не є членами ОЕСР. Так, наприклад, у вищезгаданій Декларації про інновації в державному секторі крім держав-членів ОЕСР беруть участь такі держави, як Аргентина, Бразилія, Індонезія, Коста-Ріка, Перу та Румунія. Україна також приєдналася до ряду декларацій ОЕСР, зокрема до Декларації про міжнародні інвестиції та багатонаціональні підприємства, Декларації про політику побудови кращого майбутнього для регіонів, міст та сільських місцевостей від 20 березня 2019 р.³³, Декларації про крашу політику для досягнення продуктивної, сталої та стійкої глобальної продукційної системи від 8 квітня 2016 р.³⁴ тощо.

Крім рекомендацій та декларацій практиці ОЕСР відомі такі види юридично не зобов'язуючих нормативних актів, як домовленість (Arrangement), взаєморозуміння (Understanding), а також рекомендації Комітету сприяння розвитку (Development Assistance Committee, DAC) ОЕСР, який виступає авторитетним міжнародним форумом для обговорення широкого кола питань, зв'язаних з наданням міжнародної допомоги з метою досягнення сталого та всеосяжного економічного зростання, викорінення бідності й покращення рівня життя у країнах, що розвиваються. Домовленості та взаєморозуміння за своєю юридичною природою можуть бути охарактеризовані як джентльменські угоди, під якими у теорії та практиці міжнародного права розуміються «неформальні угоди (домовленості), на які не поширюється дія права міжнародних договорів»³⁵. Тобто ці документи з формальної точки зору не є юридично обов'язковими для держав-членів ОЕСР та інших держав, що до них приєдналися, за порушення їхніх положень не може наставати міжнародно-правова відповідальність, також вони не реєструються в Секретаріаті ООН як міжнародні договори, вони не є правовими актами ОЕСР в розумінні ст. 5 Конвенції ОЕСР, проте вони розглядаються державами-учасницями і Секретаріатом ОЕСР як такі, що породжують морально-політичні зобов'язання. Більше того, їм надається адміністративна підтримка Секретаріату ОЕСР. Саме в такій формі були прийняті такі документи ОЕСР, як, наприклад, Секторальне взаєморозуміння щодо експортних кредитів для цивільної авіації від 10 березня 1986 р.³⁶, в якому містяться положення щодо офіційно підтримуваних експортних кредитів, що стосуються експортних контрактів на повітряні судна, чи Переглянута загальна домовленість щодо поступового усунення перешкод нормальним конкурентним умовам у суднобудівній галузі від 23 лютого 1983 р.³⁷, що спрямована на усунення методів державної підтримки суднобудівної галузі, застосування яких перешкоджає конкуренції на суднобудівному ринку.

Отже, однією з найважливіших рис співробітництва держав у рамках ОЕСР є те, що реалізація нормотворчої функції цієї організації відбувається значною мірою з використанням засобів нормотворчості, які можуть бути віднесені до актів так званого м'якого міжнародного права. Для прийняття юридично не зобов'язуючих, проте політично значущих і таких, що здійснюють суттєвий вплив на правове регулювання широкої сфери суспільних відносин, актів Організація використовує як форму передбачених у ст. 5 Конвенції ОЕСР рекомендацій, так і такі, не передбачені ст. Конвенції ОЕСР, форми як декларація, домовленість,

взаєморозуміння. Усі ці документи з формальної точки зору не є юридично обов'язковими, проте на практиці їх виконання контролюється органами ОЕСР. Вони є відкритими для приєднання для держав, які не є членами ОЕСР, а приєднання таких держав до деяких із них, як, наприклад, до Декларації про міжнародні інвестиції та багатонаціональні підприємства від 21 червня 1976 р., відбувається у формі обміну нотами, що є однією з форм укладення міжнародного договору.

¹ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 140.

² Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? *The American Journal of International Law*. 1983. № 3. Vol. 77. P. 414–415.

³ Boyle A. Soft Law in International Law-Making. *International Law*. Fourth edition. Edited by Malcolm D. Evans. Oxford University Press, 2014. P. 120–121.

⁴ Кашлач О. Нормы «мягкого права»: понятие и признаки. *Журнал международного права и международных отношений*. 2006. № 2. С. 27.

⁵ 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. С. 7.

⁶ Salzman J. Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development. *Law and Contemporary Problems*. 2005. Vol. 68. P. 189–224.

⁷ Bonucci N. The OECD at Fifty: Some Observations on the Evolving Nature of an International Organization. *The George Washington International Law Review*. 2011. № 2. Vol. 43. P. 239–254.

⁸ Schäfer A. Resolving Deadlock: Why International Organisations Introduce Soft Law. *European Law Journal*. Vol 12. № 2. 2006. P. 194–208.

⁹ Marcussen M. OECD Governance Through Soft Law. *Soft law in governance and regulation: an interdisciplinary analysis*. Edited by Ulrika Mörth. Cheltenham, Northampton. E. Elgar Pub. 2005. P. 103–128.

¹⁰ Błachucki M. The Role of the OECD in Development and Enforcement of Competition Law. *e-Pública—Revista Eletrónica de Direito Público*. 2016. № 3. Vol. 3. P. 169–200.

¹¹ Santner A. A Soft Law Mechanism for Corporate Responsibility: How the Updated OECD Guidelines for Multinational Enterprises Promote Business for the Future. *The George Washington International Law Review*. 2011. № 2. Vol. 43. P. 375–388.

¹² Davarnejad L. In the Shadow of Soft Law: The Handling of Corporate Social Responsibility Disputes under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. *Journal of Dispute Resolution*. 2011. № 2. Vol. 2011. P. 351–385.

¹³ Buchholtz G. Social and Labour Standards in the OECD Guidelines: Enforcement Mechanisms. *International Organizations Law Review*. 2020. № 1. Vol. 17. P. 133–152.

¹⁴ OECD Legal Instruments. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments?mode=advanced>

¹⁵ Тичина В.П. Правова характеристика рекомендацій організації економічного співробітництва та розвитку. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2017. Вип. 26. С. 124 (Серія «Юриспруденція»).

¹⁶ Salzman J. Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development. *Law and Contemporary Problems*. 2005. Vol. 68. P. 192.

¹⁷ Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development. URL: <https://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>

¹⁸ Rules of Procedure of Organisation. URL: <https://www.oecd.org/legal/Rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>

¹⁹ OECD Legal Instruments. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments?mode=normal&typeIds=2&themeIds=14&dateType=adoption>

²⁰ Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144>

²¹ Левашенко А.Д., Ермохин И.С., Лебедева С.К. Присоединение России к Декларации ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях 1976 г.: новые возможности для продвижения национальных интересов. *Управленческое консультирование*. 2018. № 1. С. 73.

²² Угода (у формі обміну листами) між Урядом України та Організацією економічного співробітництва та розвитку щодо приєднання до Декларації про міжнародні інвестиції і багатонаціональні підприємства, відповідних Рекомендацій та процедурних Рішень Ради Організації економічного співробітництва та розвитку. URL: <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=8e01bb0e-9d5b-4785-a3bb-aba7cd8d40f2&title>

²³ Organisation for Economic Co-operation and Development. A Strategy for Enlargement and Outreach. Report by the Chair of the Heads of Delegation Working Group on the Enlargement Strategy and Outreach, Ambassador Seiichiro Noboru. P. 45. URL: <https://www.oecd.org/global-relations/globalrelationsstrategy/37434513.pdf>

²⁴ Decision of the Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0307>

²⁵ Third Revised Decision of the Council concerning National Treatment. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0263>

²⁶ Decision of the Council on Conflicting Requirements being imposed on Multinational Enterprises. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0261>

²⁷ Decision of the Council on International Investment Incentives and Disincentives. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0213>

²⁸ Declaration on Environmental Policy. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0134>

²⁹ Declaration on Trade Policy. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0187>

³⁰ Declaration on International Science and Technology Co-operation for Sustainable Development. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0320>

³¹ Declaration on Sovereign Wealth Funds and Recipient Country Policies. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0365>

³² Declaration on Public Sector Innovation. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0450>

³³ Declaration on Policies for Building Better Futures for Regions, Cities and Rural Areas. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0448>

³⁴ Declaration on Better Policies to Achieve a Productive, Sustainable and Resilient Global Food System. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0423>

³⁵ Мельник С.О. Джентльменська угода. *Енциклопедія міжнародного права*: у 3 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко, В.Н. Денисов (співголови) та ін.; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ: Академперіодика, 2014. Т. 1: А-Д. С. 762.

³⁶ Sector Understanding on Export Credits for Civil Aircraft. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-5011>

³⁷ Revised General Arrangement for the Progressive Removal of Obstacles to Normal Competitive Conditions in the Shipbuilding Industry. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-5010>

Резюме

Петренко А.А. Акти ОЕСР як інструменти м'якого міжнародного права.

У даній статті досліджуються особливості нормотворчої діяльності такої впливової міжнародної організації, як ОЕСР, що здійснюється значною мірою за допомогою таких правових інструментів, які не будучи з формально юридичної точки зору обов'язковими для держав, тим не менш здійснюють значний вплив на поведінку суб'єктів міжнародного права, тобто актів м'якого міжнародного права. Показано, що в практиці ОЕСР набули поширення такі форми прийняття юридично не зобов'язуючих актів, як рекомендації, що приймаються згідно з положеннями ст. ст. 5–7 Конвенції ОЕСР, а також декларації, домовленості та взаєморозуміння. Розкрито основні напрями, у яких ОЕСР здійснює нормативне регулювання міжнародних відносин засобами м'якого міжнародного права.

Ключові слова: Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), правотворча функція ОЕСР, м'яке міжнародне право, рекомендація ОЕСР, декларація ОЕСР, домовленість ОЕСР, взаєморозуміння ОЕСР.

Резюме

Петренко А.А. Акты ОЭСР как инструменты мягкого международного права.

В данной статье исследуются особенности нормотворческой деятельности такой влиятельной международной организации, как ОЭСР, осуществляемой в значительной степени с помощью таких правовых инструментов, которые не будучи обязательными для государств с формально юридической точки зрения, тем не менее, значительно влияют на поведение субъектов международного права, т.е. актов мягкого международного права. Показано, что в практике ОЭСР получили распространение такие формы принятия юридически не обязывающих актов, как рекомендации, которые принимаются в соответствии с положениями ст. ст. 5–7 Конвенции ОЭСР, а также декларации, договоренности и взаимопонимания. Раскрыты основные направления, в которых ОЭСР осуществляет нормативное регулирование международных отношений средствами мягкого международного права.

Ключевые слова: Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), правотворческая функция ОЭСР, мягкое международное право, рекомендация ОЭСР, декларация ОЭСР, договоренность ОЭСР, взаимопонимание ОЭСР.

Summary

Anatolii Petrenko. OECD acts as instruments of soft international law.

A characteristic feature of the modern system of international relations is that the not only the international legal norms, but also the rules of soft international law are the regulators, with the constantly growing share of the latter. There is a great variety of concepts regarding the nature of soft international law in modern doctrine of international law. However, it is indisputable fact that international organizations play significant role in its development. One of such international organizations is the Organization for Economic Cooperation and Development, whose rule-making activities are largely implemented through the adoption of legally non-binding documents but at the same time they have a significant impact on the behavior of the international law subjects. The organization unites 36 industrialized countries. Thus, of the total number of regulations of various legal force adopted or developed under the auspices of the OECD during the entire period of existence of this international organization, acts of soft international law account for approximately 78 per cent. In total, the OECD adopted 454 regulations, including 13 international treaties, 87 decisions, 300 recommendations, 36 declarations and 18 other legally non-binding international instruments. Recommendations are adopted in accordance with Art. 5, 6 and 7 of the OECD Convention and paragraph 18B of the Rules of Procedure of the Organization and are transferred to the Member States for consideration. So the Member States may, if they deem it appropriate, implement them in their national law. OECD Declarations are legally optional framework documents establishing the general principles and long-term goals of cooperation between states within the framework of this international organization. In general, declarations are not acts of the OECD within the meaning of Art. 5 of the OECD Convention, but in practice their implementation is monitored by OECD bodies. Apart from recommendations and declarations OECD also practices the following types of legal non-binding regulations: Arrangement and Understanding which can be described as gentleman's agreements and also the recommendations of the Development Assistance Committee (DAC) OECD. With all these documents, the OECD regulates international cooperation on a wide range of socio-economic issues, including the fight against corruption, taxation, regional development, environmental protection, finance and investment, trade, industry, social policy, consumer protection, science and education, shipbuilding and transport, energy, etc.

Key words: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), OECD law-making function, soft international law, OECD recommendation, OECD declaration, OECD arrangement, OECD understanding.

Т.Г. САЛАЕВ

*Тургут Гаджы оглу Салаев, аспирант Института законодательства Верховной Рады Украины**

ORCID: 0000-0002-0150-533x

ОПЫТ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН В КОНТЕКСТЕ УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИНФОРМАЦИОННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В ТАМОЖЕННОЙ СФЕРЕ УКРАИНЫ

Постановка проблемы. Осуществление государственного таможенного дела, обеспечение таможенного контроля, совершенствование процедур и формальностей, которые осуществляются таможенными органами при пересечении государственной границы в наибольшей степени связано с необходимостью указанных органов государственной власти Украины соответствовать стандартам зарубежных стран. Именно поэтому таможенная сфера является одной из тех сфер общественно-политической жизни и нормативно-правового регулирования, которая в наибольшей степени должна коррелировать с международным опытом развития соответствующей сферы, с ведущими международно-правовыми тенденциями организации и осуществления таможенного дела, а также и обеспечения информационной безопасности в очерченной сфере. Исходя из изложенного, опыт международно-правового обеспечения информационной безопасности в таможенной сфере необходимо всесторонне изучать, систематизировать и формировать стратегические направления дальнейшего совершенствования национальной системы обеспечения информационной безопасности, учитывая такие прогрессивные положения.

Нерешенные ранее проблемы. Наряду с тем, что проблематика информационной безопасности привлекает внимание значительного количества ученых, на сегодня не хватает единого и системного научного исследования вопроса совершенствования административно-правового обеспечения информационной безопасности в таможенной сфере с учетом международного опыта.

Целью данной статьи является выяснение основных направлений совершенствования административно-правового обеспечения информационной безопасности в таможенной сфере с учетом международного опыта.

Изложение основного материала. Целесообразно прежде всего начать исследование опыта зарубежных стран по обеспечению информационной безопасности в целом. Т.Ю. Ткачук, исследуя особенности обеспечения информационной безопасности в странах Центральной Европы, отмечает, что в 1991 г. страны Европы разработали «Европейские критерии безопасности информационных технологий»¹, которыми, в частности, определены задачи обеспечения информационной безопасности: защита информационных ресурсов от несанкционированного доступа с целью обеспечения конфиденциальности и целостности информационных ресурсов путем их защиты от несанкционированной модификации или уничтожения, а также обеспечение работоспособности систем с помощью противодействия угрозам отказа в обслуживании. В 1996 г. стандарты европейской информационной безопасности были воплощены в «Единых условиях безопасности информационных технологий»², согласно которым для характеристики основных критериев информационной безопасности применяется модель триады СИА (далее – СИА TRIAD), которая предусматривает три основные характеристики информационной безопасности: конфиденциальность, целостность и доступность³. В 2001 г. Европейской Комиссией был представлен документ под названием «Сетевая и информационная безопасность: европейский политический подход», в котором обозначены современный подход ЕС к проблеме информационной безопасности. В документе используется термин «сетевая и информационная безопасность», которая трактуется как способность сети или информационной системы сопротивляться случайным событиям или злонамеренным действиям, которые представляют угрозу доступности, подлинности, целостности и конфиденциальности данных, хранящихся или передающихся, а также услуг, предоставляемых через эти сети и системы⁴. Документ определяет основные направления европейской политики информационной безопасности: повышение осведомленности пользователей о возможных угрозах при использовании коммуникационными сетями; создание европейской системы предупреждения и информирования о новых угрозах; обеспечение технологической поддержки; поддержка рыночно ориентированной стандартизации и сертификации; правовое обеспечение, приоритетами которого является защита персональных данных, противодействие киберпреступности; укрепление информационной безопасности на государственном уровне путем внедрения эффективных и совместных средств обеспечения информационной безопасности и поощрения использования странами-членами электронных подписей при оказании государственных онлайн услуг и тому подобное; развитие международного сотрудничества по вопросам инфор-

маціонної безпеки. Також автор відзначає, що європейські стандарти інформаційної діяльності органів державної влади передбачають їх максимальну інформаційну відкритість, за виключенням обмежень, пов'язаних з дотриманням конфіденційності інформації (прежде всего забезпечення безпеки персональних даних). Основним документом, регулюючим право громадян країн ЄС на захист персональних даних, є директива 95/46/ЄС «Про захист фізичних осіб в контексті обробки персональних даних і вільного звернення таких даних»⁵. Серед положень, в частині, можна відзначити «Принцип гарантованої безпеки № 11»⁶, який вимагає, щоб персональні дані були захищені розумними засобами безпеки від таких загроз, як втрата або несанкціонований доступ, знищення, використання, модифікація або розкриття». Нові правила захисту персональних даних (далі – GDPR), затверджені 14 квітня 2014 р., вступили в силу в 2018 р. Нововведенням є, в частині, введення більш суворого покарання за несвоєчасне повідомлення інформації про втрату даних. Директива передбачає необхідність отримання згоди користувачів на обробку їх персональних даних, яка повинна бути вільною, свідомою і конкретною, а також може бути відкликаною в будь-який момент⁷.

Аналізуючи наведені положення, цілком природно відзначити, що розробка правового регулювання і узгодження відповідних стандартів по забезпеченню інформаційної безпеки, в тому числі безпеки інформаційних технологій, в країнах Європейського Союзу почала розвиватися значно раніше, ніж в Україні, тому має достатньо системний і основи́тельний характер. Крім того, нормування забезпечення інформаційної безпеки в ЄС є більш чітким і структурованим: прежде всего чітко визначені основні поняття і категорії, викладено перелік відповідних загроз інформаційної безпеки, наприклад, персональних даних особи і тому подібне.

Для законодавства Німеччини характерна детальна розробка системи різних видів інформації з обмеженим доступом, чіткі формулювання їх визначень в федеральному законодавстві. В частині, згідно Закону «Про перевірку безпеки»⁸ в систему секретної інформації входять державна таємниця (відомості з грифом «повністю секретно» і «секретно») і ведомствена таємниця (відомості з грифом «конфіденційно» і «для службового користування»), захист яких, в відмінності від інших видів таємниць, стосуються конфіденційної сфери приватних осіб, обумовлена інтересами зовнішньої безпеки держави. Особливо важливою і підлягає особливому захисту вважається конфіденційна інформація. Ведучу роль в забезпеченні інформаційної безпеки в Німеччині грає Федеральна служба інформаційної безпеки (далі – BSI). Згідно Закону «Про Федеральне відомство безпеки інформаційних систем», BSI збирає і оцінює інформацію стосовно загроз кібербезпеки держави, виявляє нові типи кібератак, аналізує відповідні контрмери⁹. Також на BSI в взаємодії з НАТО і ЄС покладено виконання наступних функцій: оцінка ризику впровадження інформаційних технологій; розробка критеріїв, методів і випробувальних засобів для оцінки ступеня захищеності національних телекомунікаційних систем; перевірка ступеня захищеності інформаційних систем і видача відповідних сертифікатів; видача дозволень на впровадження інформаційних систем в важливі державні об'єкти; здійснення спеціальних заходів безпеки інформаційного обміну; пропаганда необхідності забезпечення інформаційної безпеки^{10,11}.

Як видно з вищевикладеного, для досягнення мети забезпечення інформаційної безпеки в будь-якій сфері суспільного життя необхідно чітке і злагоджене функціонування суб'єкта забезпечення такої безпеки, який наділений виключно спеціалізованими повноваженнями. Саме спеціалізований орган (підрозділ, установа, підприємство) може найбільш ефективно дотримуватися забезпечення інформаційної безпеки, оскільки йому здійснюється накопичення спеціального досвіду, вдосконалення освітнього, технічного, матеріального, практичного базису, а також багажу від взаємодії з іншими суб'єктами правових відносин в державі і суб'єктами міжнародного права. Також на прикладі Німеччини чітко можна визначити і те, що повинним ґрунтом для подальшого ефективного функціонування адміністративно-правового механізму забезпечення інформаційної безпеки в державі є, прежде всего, ефективне і якісне нормативно-правове регулювання.

В Польщі національна інформаційна політика орієнтована на побудову вільного відкритого суспільства, впровадження концепції вільного трансграничного обороту інформації, захист прав людини. Ключову роль в забезпеченні кібернетичної безпеки грає Агентство внутрішньої безпеки (далі – ABW). В 2013 р. ABW розробило Стратегію кібербезпеки Польщі і ініціювало створення Центру криптології при Міністерстві національної оборони, на який покладено завдання захисту інформації, кібероборони і проведення наступальних кібероперацій¹². ABW також створило правительственну команду реагування на комп'ютерні інциденти (далі – CERT)¹³, головною задачею якої є захист і розвиток можливостей органів державного управління по захисті від кіберзагроз, в частині, від атак на інфраструктуру, що складається з ІТ-систем і комп'ютерних мереж, або знищення яких може значно пошкодити життю і здоров'ю людей, національним багатствам¹⁴. К участю в забезпеченні інформаційної безпеки Польщі активно привертається громадянське суспільство¹⁵.

На наш погляд, важливою тенденцією, яку можна і потрібно запозичувати в Польщі в контексті забезпечення інформаційної безпеки, є активне залучення до вказаного процесу також і недержавних суб'єктів, прежде всего членів громадянського суспільства. Позитивним і загальним с

опытом других ведущих стран, нами проанализированными, является то, что обеспечение информационной безопасности осуществляется путем принятия прежде всего ключевого стратегического документа, который направляет деятельность всех субъектов обеспечения информационной безопасности, определяет ключевые направления указанной деятельности и задачи, поставленные перед механизмом обеспечения информационной безопасности.

Рассмотрев отдельные положения международного опыта обеспечения информационной безопасности, целесообразно сосредоточиться на особенностях тенденций развития таможенного законодательства. В частности, В.В. Ченцов отмечает, что сегодня одним из основных аспектов совершенствования таможенной системы ЕС является устранение избыточных административных барьеров в сфере таможенного дела ЕС, взаимный обмен профессиональным опытом между таможенными органами государств участников ЕС по применению современных форм таможенного оформления и таможенного контроля, совершенствование и унификация таможенных процедур с применением современных информационных технологий, выбор оптимальных методов деятельности таможенных администраций субъектов ЕС с целью упрощения и гармонизации таможенных операций, создание единого информационного пространства на всей территории ЕС¹⁶.

Похожими тенденциями характеризуется и совершенствование деятельности таможенной службы США, которое исследовал В.В. Ченцов. Ученый отметил, что в ходе реализации поставленной цели были использованы такие стратегии, как, например, развитие компьютерных систем, обеспечивающих контроль финансов, таможенных сборов, ведение бухгалтерии, отчетности и статистики, оценки деятельности. Совершенствование системы подготовки кадров от руководителей до таможенных служащих. Приведение ее в соответствие с изменяющимися потребностями таможенной службы. Обучение методам выявления злоупотреблений, нарушений на основе квалифицированного использования информационно-аналитических систем, навыков обработки информации. Главным звеном в организационно-техническом обеспечении достижения целей модернизации считался комплексный подход к развитию автоматизированных систем и технологий. В этом отношении таможенная служба США опирается на достаточно развитую информационную инфраструктуру. Большинство эксплуатируемых систем было модернизировано: они переведены на более совершенную техническую базу, их функции и возможности расширены, разработаны и внедрены новые информационные системы¹⁷.

Выводы. Учитывая изложенное выше, можно предложить следующие направления совершенствования административно-правового обеспечения информационной безопасности в таможенной сфере с учетом международного опыта: 1) совершенствование действующего таможенного законодательства Украины с целью четкой регламентации ключевых категорий обеспечения информационной безопасности в указанной сфере; 2) законодательное определение специализированного субъекта, на которого будет возложена задача обеспечения информационной безопасности в таможенной сфере; 3) совершенствование действующего законодательства в контексте усиления взаимодействия таможенных органов с другими субъектами обеспечения информационной безопасности в Украине, разработка плана такого взаимодействия, объединение усилий и компенсация полномочий различных органов в указанном направлении. Также целесообразно усилить и активизировать международно-правовое взаимодействие таможенных органов путем проведения встреч, совместных учений, семинаров, круглых столов с целью повышения компетентности работников таможенной сферы по вопросу обеспечения информационной безопасности, изучения возможных вызовов и угроз информации в таможенной сфере, путей их преодоления и блокировки; 4) обеспечение участия общественности, негосударственных субъектов в поддержке информационной безопасности в таможенной сфере; 5) дальнейшая автоматизация и развитие информационно-телекоммуникационных систем таможенных органов, повышение технологического и технического уровня приведенных систем, разработка качественных схем защиты информации и реагирования на риски; 6) осуществление акцента на кадровом обеспечении таможенных органов, проведение постоянных и периодических учений служащих по вопросам информационной безопасности, усиления взаимодействия и участия их в семинарах по вопросам особенностей законодательного регулирования защиты информации с ограниченным доступом, технических вопросов применения информационно-телекоммуникационных систем в контексте обеспечения информационной безопасности.

¹ Information Technology Security Evaluation Criteria. URL : http://www.bsi.bund.de/ShareDocs/Downloads/DE/BSI/Zertifizierung/ITSicherheitskriterien/itsec-en_pdf/pdf

² Common Criteria for Information Technology Security Evaluation. URL : <http://www.commoncriteriaportal.org/files/ccfiles/CCPART2V3.1R4.pdf>

³ Нестеряк Ю.В. Міжнародні критерії інформаційної безпеки держави: теоретико-методологічний аналіз. URL: <http://visnyk/academy.gov.ua/wp-content/uploads/2014/02/2013-3-8.pdf>

⁴ Communication from the European Commission : Network and Information Security : Proposal for a European Policy Approach. COM (2001)298. URL : http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/2002/news_library/pdf_files/netsec_en.pdf

⁵ Директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24.10.1995 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_242

⁶ Nigel Waters, Graham. Interpreting the Security Principle. URL: <http://www.cyberlawcentre.org/ipp/wp/WP1%20Security.pdf>

⁷ Ткачук Т.Ю. Забезпечення інформаційної безпеки у країнах центральної Європи. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017 № 5. URL: http://lsej.org.ua/5_2017/30.pdf

⁸ Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes und den Schutz von Verschlusssachen (Sicherheitsüberprüfungsgesetz SUG. URL : http://www.gesetze-im-internet.de/s_g/BJNR086700994.html

⁹ Act on Federal Office for Information Security (BSI Act – BSIG). URL: <http://www.bsi.bund.de/DE/DasBSI/Gesetz/gesetz.html>

¹⁰ Taking advantage of opportunities – avoiding risks. URL: [http://www.bsi/bund.de/EN/Home/home_node.html1\\$jsessionid=EA326461A185448F29C194C194C91BC85F23.2_cid286](http://www.bsi/bund.de/EN/Home/home_node.html1$jsessionid=EA326461A185448F29C194C194C91BC85F23.2_cid286)

¹¹ Климчук О.О., Ткачук Н.А. Роль і місце спецслужб та правоохоронних органів провідних країн світу в національних системах кібербезпеки. *Інформаційна безпека людини, суспільства, держави*. 2015. № 3 (19). С. 75, 78.

¹² Across Europe? Nations Mold Cyber Defenses. URL: <http://archive.defensenews.com/article/20130709/DEFREG01/307090008/Across-Europr-Nations-Mold-Cyber-Defenses>

¹³ Countering cyberterrorism. URL: [http://msz.gov.pl/en/foreign_policy/security_policy/international_terrorism/countering_cyber_terrorism/\\$printMode=true](http://msz.gov.pl/en/foreign_policy/security_policy/international_terrorism/countering_cyber_terrorism/$printMode=true)

¹⁴ Климчук О.О., Ткачук Н.А. Роль і місце спецслужб та правоохоронних органів провідних країн світу в національних системах кібербезпеки. *Інформаційна безпека людини, суспільства, держави*. 2015. № 3 (19). С. 79.

¹⁵ У Польщі створили центр боротьби з російською пропагандою. URL: <https://www.depo.ua/ukr/svit/u-polschi-stvorili-centr-borotbi-z-rosiyskoju-propagandoyu-20170429564450>; Ткачук Т.Ю. Забезпечення інформаційної безпеки у країнах центральної Європи. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017 № 5. URL: http://lsei.org.ua/5_2017/30.pdf

¹⁶ What's customs service on 2002? *The Customs policy of European Union*. Luxembourg : Office for Official Publications of the European Communities, 2001. P. 18–19; 16. Ченцов В.В. Механізми державного управління митною справою ЄС та України: порівняльний аналіз. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2012. Вип. 3 (14). С. 72–81. С. 73.

¹⁷ Ченцов В.В. Досвід модернізації митної служби США та можливості його імплементації в Україні. URL : <http://www.dridu.dp.ua/zbirnik/2009-01/ChentsovStat.pdf>

Резюме

Тургут Гаджи оглу Салаєв. Досвід зарубіжних країн у контексті вдосконалення адміністративно-правового забезпечення інформаційної безпеки в митній сфері України.

У статті, шляхом застосування порівняльного аналізу, досліджено окремі питання міжнародного досвіду забезпечення інформаційної безпеки. Розкрито основні тенденції та пріоритети правового регулювання інформаційної безпеки в Європейському Союзі, а також в окремих країнах – Німеччині та Польщі. Також виявлено суттєві акценти в розвитку митного законодавства провідних зарубіжних країн, які пов'язані насамперед і з питанням розвитку автоматизованих систем митних органів та поширення використання інформаційно-телекомунікаційних технологій при здійсненні державної митної справи. Відзначено, що наведені тенденції зумовлюють необхідність одночасного забезпечення належного рівня інформаційної безпеки митних органів іноземних держав. Синтезуючи всі досліджені положення, автором запропоновано напрями удосконалення адміністративно-правового забезпечення інформаційної безпеки в митній сфері з урахуванням міжнародного досвіду.

Зазначено, що митна сфера є однією із тих сфер суспільно-політичного життя та нормативно-правового регулювання, яка найбільшою мірою повинна корелювати з міжнародним досвідом розвитку відповідної сфери, з провідними міжнародно-правовими тенденціями організації та здійснення митної справи, а також і забезпеченням інформаційної безпеки в окресленій сфері.

Ключові слова: адміністративно-правове забезпечення, інформаційна безпека, митна сфера, інформаційна безпека, персональні дані особи, інформаційна інфраструктура.

Резюме

Тургут Гаджи оглу Салаєв. Опыт зарубежных стран в контексте усовершенствования административно-правового обеспечения информационной безопасности в таможенной сфере Украины.

В статье путем применения сравнительного анализа исследованы отдельные вопросы международного опыта обеспечения информационной безопасности. Раскрыты основные тенденции и приоритеты правового регулирования информационной безопасности в Европейском Союзе, а также в отдельных странах – Германии и Польше. Также выявлены существенные акценты в развитии таможенного законодательства ведущих зарубежных стран, которые в первую очередь связаны и с вопросом развития автоматизированных систем таможенных органов и распространения использования информационно-телекоммуникационных технологий при осуществлении государственного таможенного дела. Отмечено, что приведенные тенденции обуславливают необходимость одновременного обеспечения надлежащего уровня информационной безопасности таможенных органов иностранных государств. Синтезируя все исследованные положения, автором предложены направления совершенствования административно-правового обеспечения информационной безопасности в таможенной сфере с учетом международного опыта.

Отмечено, что таможенная сфера является одной из тех сфер общественно-политической жизни и нормативно-правового регулирования, которая в наибольшей степени должна коррелировать с международным опытом развития соответствующей сферы, с ведущими международно-правовыми тенденциями организации и осуществления таможенного дела, а также обеспечения информационной безопасности в очерченной сфере.

Ключевые слова: административно-правовое обеспечение, информационная безопасность, таможенная сфера, информационная безопасность, персональные данные лица, информационная инфраструктура.

Summary

Turgut Salaev. Experience of foreign countries in the context of improvement of the administrative and legal provision of information security in the customs of Ukraine.

In the article certain issues of international experience in ensuring information security are investigated through the use of comparative analysis. The main tendencies and priorities of the legal regulation of information security in the European Union, particularly in Germany and Poland are defined. Also significant accents in the development of customs legislation of leading foreign countries are

identified as well. These issues are primarily related to the development of automated systems of customs authorities and the proliferation of the use of information and telecommunication technologies in the implementation of state customs procedures. It is noted that these tendencies make it necessary to simultaneously ensure an adequate level of information security of the customs authorities of foreign countries. The author proposed some ways to improve the administrative and legal support of information security in the customs field, taking into account international experience.

It is noted that the customs are one of those areas of social and political life and legal regulation, which should be mostly correlated with international experience in the development of the corresponding sphere, with leading international legal tendencies in the organization and implementation of customs, as well as ensuring information security in the mentioned field. Taking into account all the mentioned below, we need to say that the experience of international legal support of information security in the customs sphere needs to be comprehensively studied, it is necessary to systematize and formulate strategic directions for further improvement of the national information security system, taking into account such progressive provisions.

In the context of achieving this task, it is proposed, for example, to provide clear regulation of the key categories of information security in this field, also it is necessary to make legislative definition of a specialized entity, which will be entrusted with the task of ensuring information security in the customs. Besides, it is necessary: to strengthen the interaction of customs authorities with other entities of ensuring information security in Ukraine, to guarantee the participation of the public and non-state actors in ensuring information security in the customs sphere, and further automation and development of information and telecommunication systems of customs authorities, improving the technological and technical level of these systems and other activities.

Key words: administrative and legal support, information security, customs, information security, personal data of a person, information infrastructure.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.76

УДК 342.5

I.В. НАЗАРОВ

*Іван Володимирович Назаров, доктор юридичних наук, доцент, заступник Голови Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти**

ORCID: 0000-0002-2998-4483

ВИЩА ОСВІТА ТА АКАДЕМІЧНА ДОБРОЧЕСНІСТЬ – ПРОБЛЕМИ ПОЄДНАННЯ

Постановка проблеми. Назва цієї статті не є випадковою і має за мету не лише звернути увагу на актуальність проблематики нормативного врегулювання та практичного застосування принципів академічної доброчесності в Україні, а й на ставлення до зазначеної проблематики закладів вищої освіти, які у будь-якій сучасній, демократичній країні сприймаються і є справжніми захисниками головних засад академічної доброчесності.

Стан опрацювання. Проблематиці академічного плагіату, плагіату, академічної доброчесності або реагування на порушення зазначених явищ у вищій освіті присвятили свої праці такі науковці, як Н.Г. Сорокіна, А.Є. Артюхов, І.О. Дегтярьова, В. Сацикн та інші. У більшості випадків проблематика дотримання академічної доброчесності аналізується в контексті організації освітнього процесу та якості вищої освіти і зовсім недостатньо уваги приділяється специфіці й відвертим недолікам правового регулювання відповідальності за порушення академічної доброчесності.

Метою статті є аналіз нормативного врегулювання академічної доброчесності, поняття академічного плагіату, його відмінності від плагіату, визначення переліку органів, відповідальних за встановлення порушень академічної доброчесності та їх повноважень у сфері реагування на відповідні порушення, процедури притягнення до відповідальності у випадку порушення академічної доброчесності.

Виклад основного матеріалу. В контексті історичного аналізу становлення академічної доброчесності та її впливу на якість вищої освіти необхідно зазначити, що законодавець ввормував академічну доброчесність як явище на рівні закону лише у 2017 р. У Законі України «Про освіту» від 5 вересня 2017 р.¹ академічна доброчесність визначається як сукупність етичних принципів та визначених законами України правил, якими мають керуватися учасники освітнього процесу під час навчання, викладання та провадження наукової (творчої) діяльності з метою забезпечення довіри до результатів навчання та/або наукових (творчих) досягнень (ч. 1 ст. 42).

Але це не означає, що до 2017 р. вітчизняні заклади освіти нічого не знали і не були зобов'язані дотримуватись будь-яких етичних принципів або правил, визначених законом у сфері навчання, викладання, наукової діяльності з метою забезпечення довіри до їх результатів. Просто все це мало іншу форму реалізації і не об'єднувалось у межах одного визначення, яким зараз виступає академічна доброчесність.

Так, наприклад, у Законі України «Про освіту» від 23 травня 1991 р.² встановлювались обов'язки для всіх учасників освітнього процесу, в тому числі додержуватись законодавства, моральних, етичних норм (для вихованців, учнів, студентів, курсантів, слухачів, стажистів, клінічних ординаторів, аспірантів, докторантів – ст. 52). Зазначалось, що педагогічною діяльністю можуть займатися особи з високими моральними якостями (ч. 1 ст. 54). До обов'язку педагогічних та науково-педагогічних працівників належало: настановленням і особистим прикладом утверджувати повагу до принципів загальнолюдської моралі: правди, справедливості, відданості, патріотизму, гуманізму, доброти, стриманості, працелюбства, поміркованості, інших добродійностей; додержуватись педагогічної етики, моралі, поважати гідність дитини, учня, студента (ст. 56). І навіть визнавалась відповідальність вищого навчального закладу під час прийняття рішень стосовно розвитку академічних свобод, організації наукових досліджень, освітнього процесу тощо (в межах визначення поняття автономії вищого навчального закладу – ст. 46).

Але в чому може полягати відповідальність за порушення визначених обов'язків редакцією Закону України «Про освіту» 1991 р. не пояснювалось, тому не дивно, що у такі складні часи, через які заклади

© I.В. Назаров, 2020

* *Ivan Nazarov, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Deputy Head of the National Agency for Higher Education Quality Assurance*

вищої освіти, здобувачі вищої освіти та науково-викладацький склад повинні були пройти разом з усім суспільством на початку 90-х рр., вимоги до доброчесності, етичних та моральних принципів не завжди сприймалися як першочергові або обов'язкові.

У Законі України «Про вищу освіту» від 17 січня 2002 р.³ лише повторювались норми Закону України «Про освіту» 1991 р. щодо обов'язків педагогічних та науково-педагогічних працівників (ст. 51). А серед обов'язків осіб, які навчаються у вищих навчальних закладах, необхідність додержуватись законодавства, моральних, етичних норм навіть не згадувалась (ст. 55). Отже, і відповідальність за порушення етичних та моральних принципів не передбачалась.

Тим не менше, не можна характеризувати вищу освіту в Україні до 2014 р. як таку, якій взагалі не були відомі етичні правила освітньої і наукової діяльності, або як безвідповідальну за їх порушення. Нормативна база незалежної України із самого початку встановлювала вимогу посилається на використані джерела у наукових працях та відповідальність за «виявлення в дисертації, авторові якої вже видано диплом доктора чи кандидата наук, текстових запозичень без посилання на джерело» у вигляді «прийняття рішення про позбавлення його наукового ступеня» (п. 14 Порядку присудження наукових ступенів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24 липня 2013 р. № 567⁴; п. 16 Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 7 березня 2007 р. № 423⁵; п. п. 16, 46 Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28 червня 1997 р. № 644⁶, п. 4 ст. 2, ст. ст. 18, 56 Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань України від 20 травня 1992 р.⁷ та інше). Що по суті відповідає сучасному визначенню «академічного плагіату» та є різновидом порушення сучасного визначення поняття «академічної доброчесності».

Крім того, не забуваємо про існування цивільного законодавства України, яке із самого початку розглядало плагіат як порушення, встановлювало відповідальність за таке порушення і допускало можливість поширення таких правил на наукову та творчу діяльність.

Але поступово приходило усвідомлення, що такого обсягу нормативного врегулювання не достатньо для забезпечення потрібного розвитку вищої освіти та наукової діяльності в Україні, а невизначеність академічної доброчесності як обов'язкової умови якості вищої освіти та наукової діяльності лише формалізує та викривлює їх значення для суспільства та ще й призводить до втрати позицій у цьому питанні на світовій арені. Саме тому, з метою врахування специфіки та важливості питання, у Законі України «Про вищу освіту» 2014 р.⁸ з'являється поняття «академічний плагіат» та встановлюється чітка і суворя відповідальність для всіх суб'єктів, відповідальних за його допущення, а в Законі України «Про освіту» 2017 р. надається визначення не лише академічної доброчесності, а й проявів її порушення, обов'язок дотримання принципів академічної доброчесності для всіх учасників освітньої діяльності та відповідальності за її порушення.

Така позиція законодавця цілком обгрунтована. Ми повинні усвідомлювати, що порушення правил та принципів академічної доброчесності унеможливує отримання якісної освіти незалежно від того, в якому закладі вищої освіти або науковій установі відбувається навчання. Такі порушення ставлять під сумнів результати навчання та ускладнюють самореалізацію молодого фахівця із дипломом про вищу освіту, отриманому в закладі, де принципи академічної доброчесності не діють.

Саме тому вкрай важливою є активна політика всіх учасників освітнього процесу та наукової діяльності у сфері ознайомлення і пропагандування правил академічної доброчесності.

Участь Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти у формуванні простору дотримання принципів академічної доброчесності

Що стосується Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти (далі – Національне агентство), цей орган прямо або опосередковано бере участь у формуванні практик дотримання академічної доброчесності і відповідальності за її порушення на всіх рівнях.

1. Безпосередньо на Національне агентство чинним Законом України «Про вищу освіту» покладається обов'язок реагувати на порушення академічної доброчесності у вигляді академічного плагіату в дисертаціях, монографіях або наукових статтях за результатами яких було присуджено науковий ступень (п. 6 ст. 6, п. 9 ст. 19). Тобто йдеться про відповідальність науково-викладацького складу.

2. Стосовно формування принципів та практики дотримання академічної доброчесності на рівні закладів вищої освіти, в тому числі здобувачами освіти – діяльність Національного агентства тут є опосередкованою і їх наявність перевіряється у процесі акредитації освітніх програм.

Так, під час акредитації кожної освітньої програми Національне агентство намагається встановити, чи було у закладі вищої освіти визначено чітку та зрозумілу політику, стандарти і процедури дотримання академічної доброчесності, яких послідовно дотримуються всі учасники освітнього процесу під час реалізації освітньої програми. Заклад вищої освіти повинен популяризувати академічну доброчесність (насамперед через імплементацію цієї політики у внутрішню культуру якості) та використовувати відповідні технологічні рішення як інструменти протидії порушенням академічної доброчесності. Крім того, заклад вищої освіти повинен забезпечувати дотримання академічної доброчесності у професійній діяльності наукових керівників та аспірантів (ад'юнктів), зокрема вживати заходів для унеможливлення наукового керівництва особами, які вчинили порушення академічної доброчесності.

Слід зазначити, що під час кожної акредитації проводяться зустрічі із студентами, щоб дізнатись їх думку та оцінку як діяльності закладу у сфері забезпечення академічної доброчесності, так і в межах забез-

печення якості освіти в цілому. Крім того, завжди є можливість звернутись за захистом своїх прав до Комітету з питань етики Національного агентства.

Під час підготовки експертів Національного агентства, які здійснюють акредитацію освітніх програм, їх увага звертається на процедуру і порядок перевірки інформації щодо дотримання стандартів академічної доброчесності у межах конкретного закладу вищої освіти (наукової установи).

Наприклад, у межах підтвердження інформації від закладу вищої освіти (наукової установи) про те, що забезпечення академічної доброчесності є частиною їх внутрішньої системи забезпечення якості, необхідно констатувати наявність, як мінімум, таких елементів:

1) політика, стандарти і процедури дотримання академічної доброчесності мають бути наперед визначеними, чіткими й зрозумілими, мати форму Кодексу честі або іншого документа відповідно до рішення ЗВО. Процедури мають передбачати як механізми моніторингу дотримання академічної доброчесності (перевірка письмових робіт з метою виявлення текстових та інших запозичень без коректних посилань, реєр review наукових текстів перед публікацією, анонімне опитування здобувачів вищої освіти щодо наявності/відсутності порушень академічної доброчесності тощо), так і дієві, зрозумілі та прозорі процедури реагування на такі порушення і притягнення до академічної відповідальності;

2) інституційне забезпечення дотримання академічної доброчесності передбачає наявність окремого структурного підрозділу (посадової особи), який (яка) опікується питаннями академічної доброчесності, або чіткий розподіл відповідних функцій та повноважень між наявними структурними підрозділами (посадовими особами) ЗВО;

3) є відповідні інформаційно-технологічні засоби, що використовує заклад вищої освіти з метою запобігання та протидії проявам академічної не доброчесності;

4) в якості заходів із популяризації академічної доброчесності серед здобувачів вищої освіти можуть виступати, наприклад, введення в освітню програму окремих освітніх компонентів, присвячених академічній доброчесності та навичкам академічного письма, реалізація ЗВО окремих короткострокових навчальних модулів з цієї тематики тощо;

5) декларування та підтримання політики «нульової толерантності» до будь-яких проявів порушень академічної доброчесності, втілена в інституційну культуру та підкріплена відповідними процедурами та інституційними практиками⁹.

Проблематика дотримання принципів академічної доброчесності

Практика діяльності Національного агентства у сфері дотримання учасниками освітянського та наукового простору принципів академічної доброчесності показала цікаві, але невтішні результати.

По-перше, протиріччя між нормами Законів України «Про освіту» та «Про вищу освіту», а також практично відмова у прийнятті потрібних підзаконних актів у сфері визначення процедур реалізації законом передбачених повноважень майже нівелюють результати роботи Національного агентства з питань академічної доброчесності.

Проявляється це в тому, що майже із самого початку діяльності Національне агентство отримує скарги (звернення, повідомлення) про порушення академічної доброчесності. У більшості випадків йдеться про повідомлення щодо наявності академічного плагіату в дисертаціях уже захищених у спеціалізованих вчених рада. Інколи йдеться про інші форми порушень академічної доброчесності – фальсифікації або фабрикації у поєднанні з академічним плагіатом, знову ж таки, у захищених дослідженнях. Також дуже часто звертається увага Національного агентства на процедурні порушення під час захисту дисертацій (недотримання вимог щодо розміщення власне текстів, відгуків офіційних опонентів на сайтах відповідних закладів вищої освіти (наукових установ), вимог до порядку виходу на захист, відмови спеціалізованих вчених рад реагувати на подібні порушення тощо) у поєднанні з порушеннями в оформленні дисертацій. Також надходять скарги із звинуваченнями в академічному плагіаті у наукових статтях, які враховувались під час захисту або друкувались вже після захистів та отримання наукового ступеня, із звинуваченнями іншого характеру: хабарництво (у розумінні Закону України «Про освіту»), необ'єктивне оцінювання тощо.

Правові підстави для таких звернень є. Законом України «Про вищу освіту» зазначається, що у складі Національного агентства утворюються Комітет з питань етики для розгляду питань про академічний плагіат (виконання інших повноважень, покладених на нього Національним агентством), Апеляційний комітет для розгляду звернень, заяв і скарг щодо діяльності та рішень спеціалізованих вчених рад (п. 9 ст. 19). Для затвердження рішень, які пропонуються переліченими комітетами, Національне агентство наділяється Законом повноваженнями контролювати діяльність спеціалізованих вчених рад (п. 9, ч. 1, ст. 18), скасовувати рішення спеціалізованої вченої ради про присудження наукового ступеня у разі виявлення академічного плагіату (п. 6 ст. 6) та інше.

Тому цілком зрозуміло, що учасники освітньої або наукової діяльності, які стали свідками порушень академічної доброчесності або яким стало відомо про них, ознайомившись із змістом Закону України «Про вищу освіту» і маючи бажання звернутись до відповідного і компетентного органу для усунення виявлених порушень та притягнення винних до академічної відповідальності, звертаються саме до Національного агентства. Особливо в умовах, коли МОН України у випадку отримання звернень з подібних питань дуже часто відповідає, що компетентним органом у питаннях академічного плагіату є Національне агентство і звертатись необхідно до нього.

Але для виконання перелічених вище законних повноважень потрібно ще встановити процедуру їх реалізації, яка має бути затверджена іншими державними органами, у першу чергу Кабінетом Міністрів України. Для того, щоб Комітет з питань етики повноцінно розглядав скарги про академічний плагіат, потребує затвердження Порядку скасування рішення спеціалізованої вченої ради про присудження наукового ступеня. Для повноцінної роботи Апеляційного комітету необхідно затвердити новий Порядок присудження наукових ступенів та Порядок акредитації спеціалізованих вчених рад. Для усунення протиріч між Законами України «Про вищу освіту» та «Про освіту» в питаннях академічної доброчесності слід внести зміни до першого із перелічених. Проекти всіх перелічених документів Національним агентством розроблені, їх актуальність та важливість обґрунтовані, а зміст погоджений з активними учасниками наукового та освітнього простору в межах громадського обговорення.

Зволікання з їх прийняттям призведе не лише до того, що рішення Комітету з питань етики, виключно з формальних підстав, без будь-якої оцінки їх змістовної складової, оскаржуються в суді, а й до того, що майже всі випадки порушення академічної доброчесності залишаються без будь-якої реакції на них з боку держави і підбивають довіру до рівня вітчизняних наукових досліджень.

Перелічені обставини, на наш погляд, не можуть стати приводом для відмови Національним агентством виконувати своє завдання у сфері забезпечення якості вищої освіти та дотримання високих принципів академічної доброчесності. Тому, з урахуванням таких обставин, ми намагаємось шукати всі можливі законні варіанти наших дій. Наприклад, законодавством кожний заклад освіти наділений не лише правом, а й зобов'язаний затверджувати внутрішній порядок виявлення та встановлення фактів порушення академічної доброчесності, внутрішні положення про види академічної відповідальності та застосовувати ці документи на практиці. Тому Національне агентство має право звертатись до відповідних закладів вищої освіти з пропозицією перевірити інформацію про порушення академічної доброчесності та у випадку її підтвердження притягувати до академічної відповідальності науково-педагогічних працівників, здобувачів освіти. У свою чергу, Національне агентство залишає за собою право бути проінформованим про результати такої перевірки та враховувати її ефективність у межах акредитації освітніх програм.

Подібний шлях розгляду і вирішення заяв про порушення академічної доброчесності вимагає від Національного агентства більше часу, адже ми залучаємо зовнішніх суб'єктів – заклади вищої освіти. Але й позитивний момент також присутній – Національне агентство не повинно бути єдиним або основним охоронцем принципів академічної доброчесності. Кожен заклад освіти або наукова установа мають долучатись до цього процесу і нести відповідальність за результати наукових досліджень як неодмінну складову забезпечення якості освіти.

По-друге, за результатами акредитації освітніх програм Національним агентством, на жаль, можна констатувати переважно формальний підхід закладів вищої освіти (наукових установ) до проблематики дотримання академічної доброчесності. Майже всі заклади вищої освіти та наукові установи затвердили внутрішні правила академічної доброчесності, процедури розгляду відповідних питань, створили Комісії з етики або інші органи. Але при цьому майже повністю відсутня практика встановлення фактів порушення академічної доброчесності та притягнення винних до академічної відповідальності! Майже всі заклади стверджують, що всі учасники освітянського процесу (наукової діяльності) проінформовані про правила академічної доброчесності, сумлінно їх дотримуються та не допускають порушень, тому і практики немає! Тобто студенти не списують, ніколи не намагаються вплинути на результати свого оцінювання, академічного плагіату в студентських роботах, наукових статтях та дисертаціях викладачів немає! Або ми опинилися в ідеальному світі, або ми маємо ситуацію толерування порушенням академічної доброчесності в закладах вищої освіти.

Більше того, якщо Національним агентством у межах своєї діяльності все ж таки встановлюються порушення академічної доброчесності з боку конкретних науковців і така інформація передається до закладів вищої освіти для відповідної реакції, останні, в більшості випадків, відмовляються визнавати наявність таких порушень та притягувати своїх науково-педагогічних працівників до академічної відповідальності. За внутрішніми правилами та порядком встановлюють відсутність будь-яких порушень і навіть звертаються до Національного агентства та інших органів з пропозицією не шукати порушень академічної доброчесності у результатах наукової діяльності їх представників.

Висновки. Таким чином, як підсумок можна зазначити, на сьогодні в Україні існуючих механізмів виявлення та протидії порушенням академічної доброчесності недостатньо. Загальновідомі міжнародні принципи академічної доброчесності у сфері вищої освіти та наукової діяльності переважно не дотримуються. У більшості випадків це не зв'язано зі свідомою, систематичною діяльністю, яка несумісна із поняттям академічної доброчесності, а є бажанням запобігти розголошенню інформації про виявлені порушення та врегулювати конфлікти «мирним шляхом».

У будь-якому разі така ситуація є характерною для всієї вищої освіти і потребує виправлення. Дієвим варіантом її вирішення може стати прийняття Закону України «Про академічну доброчесність», яким варто не лише охарактеризувати важливість цього явища для майбутнього вітчизняної вищої освіти та її визнання на європейському просторі, а й чітко визначити, що не лише Національне агентство, а й всі заклади вищої освіти та наукові установи є відповідальними за якість вищої освіти та результатів наукових досліджень, а, відповідно, і за дотримання принципів академічної доброчесності.

¹ Про освіту: Закон України від 5.09.2017 р. № 2145-VIII. *Офіційний вісник України*. 2017. № 78. С. 7. Ст. 2392.

² Про освіту: Закон України від 23.05.1991 р. № 1060-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 34. Ст. 451.

³ Про вищу освіту: Закон України від 17.01.2002 р. № 2984-III. *Офіційний вісник України*. 2002. № 8. С. 1. Ст. 327.

⁴ Про затвердження Порядку присудження наукових ступенів: постанова КМУ від 24.07.2013 р. № 567. *Офіційний вісник України*. 2013. № 64. С. 77. Ст. 2328.

⁵ Про затвердження Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника: постанова КМУ від 7.03.2007 р. № 423. *Офіційний вісник України*. 2007. № 18. С. 96. Ст. 731.

⁶ Про затвердження Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань: постанова КМУ від 28.06.1997 р. № 644. *Офіційний вісник України*. 1997. № 27. С. 105.

⁷ Про порядок присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань України: постанова КМУ від 20.05.1992 р. № 257. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/257-92-%D0%BF#Text>

⁸ Про вищу освіту: Закон України від 1.07.2014 р. № 1556-VII. *Офіційний вісник України*. 2014. № 63. С. 7. Ст. 1728.

⁹ Методичні рекомендації для експертів Національного агентства щодо застосування Критеріїв оцінювання якості освітньої програми від 29.08.2019 р. URL: https://naqa.gov.ua/wp-content/uploads/2019/09/%d0%9c%d0%b5%d1%82%d0%be%d0%b4%d0%b8%d1%87%d0%bd%d1%96-%d1%80%d0%b5%d0%ba%d0%be%d0%bc%d0%b5%d0%bd%d0%b4%d0%b0%d1%86%d1%96%d1%96%cc%88_%d0%b4%d0%bb%d1%8f-%d0%b5%d0%ba%d1%81%d0%bf%d0%b5%d1%80%d1%82%d1%96%d0%b2.pdf

Резюме

Назаров І.В. Вища освіта та академічна доброчесність – проблеми поєднання.

У статті йдеться про нормативно врегулювання порівняно нового для України поняття «академічний плагіат». Аналізуються норми законодавства, що мають відношення до встановлення поняття академічної доброчесності, видів порушень академічної доброчесності, процедури розгляду питань про імовірні порушення академічної доброчесності, видів відповідальності за порушення академічної доброчесності та органи, що мають право їх застосовувати. Особливу увагу приділяється проблематиці встановлення факту академічного плагіату та його відмінності від плагіату. Формулюються пропозиції до діючого законодавства з метою оптимізації правового регулювання проблематики дотримання академічної доброчесності.

Ключові слова: академічна доброчесність, порушення академічної доброчесності, академічний плагіат, плагіат, Національне агентство із забезпечення якості вищої освіти.

Резюме

Назарова И.В. Высшее образование и академическая доброчестность – проблемы объединения.

В статье описывается нормативное регулирование сравнительно нового для Украины понятия «академическая доброчестность». Анализируются нормы законодательства, имеющие отношение к регулированию понятия академическая доброчестность, видов нарушений академической доброчестности, процедуры рассмотрения вопросов про вероятные нарушения академической доброчестности, видов ответственности за нарушение академической доброчестности и органов, имеющих право её применять. Отдельное внимание уделяется проблематике установления факта академического плагиата и его отличия от плагията. Формулируются предложения к действующему законодательству с целью оптимизации правового регулирования проблематики соблюдения академической доброчестности.

Ключевые слова: академическая доброчестность, нарушения академической доброчестности, академический плагиат, плагиат, Национальное агентство обеспечения качества высшего образования.

Summary

Ivan Nazarov. Higher education and academic integrity are problems of combination.

The article deals with the normative regulation of the relatively new for Ukraine concept of “academic plagiarism”. The norms of the legislation related to the establishment of the concept of academic integrity, types of violations of academic integrity, procedures for consideration of possible violations of academic integrity, types of liability for violations of academic integrity and bodies entitled to apply them are analyzed. Particular attention is paid to the issue of establishing the fact of academic plagiarism and its differences from plagiarism. Proposals to the current legislation are formulated in order to optimize the legal regulation of the issue of academic integrity. The authority of the National Agency for Higher Education Quality Assurance in the field of combating violations of academic integrity: the obligation to respond to violations of academic integrity in the form of academic plagiarism in dissertations, monographs or scientific articles that have been awarded a degree; the task of forming the principles and practices of academic integrity at the level of higher education institutions, including those seeking education (in the process of accreditation of educational programs). As a result of this practice, each educational institution or research institution is involved in the process of forming an environment of academic integrity.

The conclusion is substantiated that in Ukraine the existing mechanisms of detection and counteraction to violations of academic integrity are insufficient. Well-known international principles of academic integrity in the field of higher education and research are generally not followed. In most cases, this is due to the desire to prevent the disclosure of information about violations. This situation is typical of all higher education and needs to be corrected. An option could be to adopt the Law “On Academic Integrity”, which should not only characterize the importance of this phenomenon for the future of domestic higher education and its recognition in Europe, but also clearly define that all higher education and research institutions are responsible for adherence to the principles of academic integrity.

Key words: academic integrity, violation of academic integrity, academic plagiarism, plagiarism, National Agency for Higher Education Quality Assurance.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.77

UDC 341.1/.8

A. LYTVYENENKO

*Anatoliy Lytvynenko, Postgraduate student in International Law at Ivan Franko National University of Lviv, MRes and PhD student in Law at Robert Gordon University of Aberdeen, Doctoral candidate at the Faculty of Law at Baltic International Academy of Riga**

ORCID: 0000-0001-7410-5292

DATA RETENTION OF AN UNCONVICTED ELDERLY ACTIVIST VIOLATES HIS RIGHT TO PRIVACY: CATT V. UNITED KINGDOM (2019)

Facts of the case.

John Katt (born 1925), the plaintiff in the case, is an elderly activist residing in Brighton, East Sussex, UK, who began a lengthy litigation against UK authorities for retaining his personal data in the National Domestic Extremism Database¹, despite he had never been convicted of any crime². Upon plaintiff's own recognition, he has been involved in the peace movement since 1948³. Since 2005, plaintiff commenced his participation in demonstrations, organized by a group "Smash EDO", targeted at demanding to disincorporate a factory named EDO MBM Technology Ltd, a US-owned plant specializing on weaponry manufacturing, located in Brighton, wherein the plaintiff resides. Not once, the demonstrations involved violence and riots, which frequently caused material damage to the factory's property⁴. Plaintiff was an active participant in the Smash EDO demonstrations, and was twice arrested for obstructing a public highway, but was never convicted of any offence⁵. Plaintiff began to figure in police reports as early as March 2005; the reports contained information relating his participation in demonstrations, some occurring outside of his hometown⁶. As of the appellate court's report, plaintiff had not been a "specific target of observations", and was only incidentally referred to as an activist. For instance, plaintiff was merely referred to as an "elderly male with grey hair and glasses", being designated by name "John Catt"⁷. In early 2010, plaintiff applied to access the information stored relating to him under the Data Protection Act 1998 (sec. 7). Upon his request he learned that a nominal record concerning him had been already expunged, but references to him were still maintained in nominal records of other demonstration participants. As Catt learned further, the reports contained his photograph, his date of birth and address, and one entry also described his appearance⁸, as well as the history of his attending the demonstrations upon the appellate court's report⁹. In late Summer of 2010, the elderly man requested the Association of Chief Police Officers to expunge the said records, being refused without any further explication. Later on, within the litigation against English law enforcement agencies, Catt learned that substantially more entries concerning him were kept in the police records, some featuring events relating to the plaintiff's participation in demonstrations, not anyhow linked to "Smash EDO"¹⁰. In Autumn 2010, Catt brought up proceedings against the abovementioned Association, contending that the retention of his records was not "necessary" to be compatible with Art. 8(2) of the European Convention of Human Rights¹¹, being convinced of having been targeted by the police (though the English courts held that there was no evidence of this)¹². By 2012, only six records out of sixty-six existing records relating to plaintiff were stored in the police files¹³.

Proceedings before the British courts.

The divisional court dismissed the lawsuit of the activist, finding that the collected data was of public and not private nature, and was justified to be maintained under Art. 8(2) of the European Convention. The second appellant, a woman designated as T., received a "harassment warning" for insulting her neighbours, and sought a court order compelling the police to destroy its copy from all her records¹⁴. The appellate court agreed with the divisional court, that the nature of Catt's activities was of public character, and deduced that the collection of data by police autho-

© A. Lytvynenko, 2020

* *Анатолій Анатолійович Литвиненко, аспірант факультету міжнародних відносин Львівського національного університету ім. І. Франка; аспірант Університету ім. Р. Гордона (м. Абердін, Шотландія), аспірант Балтійської міжнародної академії (м. Рига, Латвія)*

rities bears nothing extraordinary as well as being essential for preventing crime and disorder. The court, however paid attention on then-recent case-law of the European Court of Human Rights concerning criminal records retention (*S & Marper v. United Kingdom*¹⁵) and in respect with retention of personal data for identification purposes (the court refers to *Segerstedt-Wiberg v. Sweden*¹⁶ and *PG v. United Kingdom*¹⁷ – for a small remark, the two given judgments did not consider one’s *criminal records* or feature plaintiff attempting to receive a court order to expunge his criminal records from an offender register, just like in the fairly recent judgment *Aycaguer v. France*¹⁸ in 2017)¹⁹. The Court, after assessing the said judgments in brief, came to a conclusion that keeping such information concerning plaintiff, even though publicly available, may involve an interference in plaintiff’s right to privacy. As the elderly activist was not a specific object (using the word of courts) of any police reports, the court of appeals found that his data retention constitutes an interference into his right to privacy, and proceeded to determine whether such intrusion is justifiable²⁰. The Court discussed that the said database had no actual statutory basis (for instance, the French offender register, the *FIJAIS*, the operation of which was approved to be constitutional by Constitutional Council of France²¹, was created by a law²² – later on, a multitude of lawsuits were lodged against France to the European Court for an allegedly wrongful retention of criminal records²³), though the police authorities have powers to obtain and maintain information to assist combatting crime under common law; the operation of offender registers was also subject to a Code of Practice and a Guidance, adopted in the mid 90s, as well as the Data Protection Act of 1998 itself to a certain extent²⁴. The Court used the European Court’s tests concerning the proportionality of the interference in Catt’s right to privacy and attempted to determine whether the police authorities pursued a legitimate aim, another test used by the European Court in its respective case-law. The latter, upon the view of the court, was obvious, since the object of data retention in a respective offender register is preventing disorder and crime and “safeguarding the rights and freedoms of others”²⁵. The issue of proportionality was deduced to be disproportionate by the appellate court. Plaintiff complained he had been put on an extremist register, despite he had never been convicted of such behavior (and, in fact, he had never been convicted of any crime at all). The Court went on emphasizing that in terms of striking a fair balance between the private (say Catt’s) and public (say the defendants’) interests, the nature of data maintained had to be assessed. The Court said it was not of sensitive nature. Next, the Court considered the opinion of Adrian Tudway, the Detective Chief Superintendent for Metropolitan Police, who, in short, accepted the position that the maintenance of such data is valuable to maintain data on potential witnesses or associates of persons, involved in unlawful acts, as well as “eliminating law-abiding persons from the need of particular police attention”. The Divisional Court found, that proportionality was maintained. This court held that the interference in Catt’s privacy was minimal, as the reports contained only facts on his public activities (though, as it was mentioned below, his basic personal records were also kept), stressing the associations of John Catt “were of intelligence value”. The judges also agreed that the records concerning him were also had to be retained after Smash EDO ceased to exist, though should be subject to review. The appellate court did not understand the sense of concordance of Catt’s data retention given he had attended similar protests for years without a shade of indulging or encouraging to commit crimes²⁶. The Court of Appeals, however, did not find that the defendant demonstrated that the information relating to plaintiff was valuable for it – the Court stressed that similar data retention could be justified by showing it serves for the public interest in some particular way, but as I mentioned before, it was not shown anyhow by the defendant. The Court found that it was quite a vague issue to determine whether it was in accordance with the law, especially in the light of the European Court’s judgment of *MM v. United Kingdom*²⁷. However, the Court found it unnecessary to go further, as it was determined that the intrusion into John Catt’s privacy by retaining his personal records in a police database was disproportionate and found for plaintiff²⁸. Concerning the second plaintiff, *T.*, who also sought a court order to expunge the records maintained in another database owned by law enforcement agencies, the “Crime Reporting Information System”, or simply “CRIS”²⁹, the court also decided in favor of the second plaintiff³⁰.

The police authorities, defendants in the case, decided to impugn the judgment (including the application of “*T.*”, which is of lesser significance for the case note). The Supreme Court decided in favor of defendants by the majority of four justices to one, wherein Sumption, L., delivered the lead opinion for the majority, with Toulson, L., dissenting. The Supreme Court agreed that the collection and storage of personal records *is* an interference into private life, but it has to be determined whether it was made in accordance with the law and was proportionate to the object for which it was collected – practically, for averting crime and public disorder and assuring public security³¹. The Court assessed the legitimacy of data storage upon British legislation, and found that the acting laws and bylaws (such as code of administrative practices) form an appropriate legal framework, and the retention of plaintiff’s personal records was in accordance with the law, and so, the Court further had to define whether the intrusion by retaining Catt’s personal records was proportionate³². The Court briefly discussed *M.M. v. United Kingdom* (2012), wherein an elderly woman’s application for a social worker position was declined on basis the disclosure of her caution which was issued owing to an incident by abducting her grandson in a wayward attempt to reconcile the child’s parents (the European Court then ruled in favor of plaintiff), and found no similarity with the case at bar. Concerning the issue of proportionality, the Court found that the retention of plaintiff’s personal data was justified. The Court said that the interference into his privacy was minimal, and the data collected was all of public character, carrying nothing which could be designated as “sensitive data”, and not involving any intrusive measures of obtaining such data, such as fingerprints or DNA-material (to a sharp contrast, e.g. with the data retained concerning plaintiffs in *S & Marper v. United Kingdom*³³). The Court also held that retention of a nominal record of plaintiff (which, in fact, was already deleted by the time of the proceedings before the domestic courts) does not stigmatize him in any sus-

picion of crime or any guilt. The Court also responded to Catt's allegation that everybody whose personal records are maintained in the National Domestic Extremism Database are alleged to be extremists. The Court said that is an incorrect corollary to say so. The Court held that the relevant police units are concerned with "extremism", but it doesn't mean that anybody who attends a protest and recorded in this database is associated with extremists in any sense. The Court also affirmed that the stored data is not usable for other, than police purposes, except for a disclosure under a request under the Data Protection Act (1998), which, in fact, was performed by plaintiff; the records could not be used for political purposes, or "for any kind of victimisation of dissidents", or is available for potential employers³⁴. The Court also assured that there definitely are procedures allowing to intimate that no data leakage would occur. The Court went on to say that even though the interference into Catt's right to privacy is minimal, it also requires justification. Upon Tudway's witness statement, the Court inferred that there really may be a proper justification, which involves the following:

- By such means, the law enforcement agencies could more adequately assess the potential threats going out from such demonstrations and define the "scale and nature" of an adequate police response in the future;
- It would allow to investigate potential criminal offences or to identify victims and witnesses;
- Such data retention enables to investigate on the leadership, organization and the methods of protest groups, which are associated with violence³⁵.

The majority thus found that the retention of Catt's data was proportionate and was performed in accordance with appropriate legislation³⁶. The dissenting opinion, filed by Toulson, L. also featured a position, that the retention of plaintiff's personal records was made in accordance with law, but proportionality of data maintenance was the "critical issue", which he found to be inconsistent. He agreed that defendant in the Catt's appeal has not shown any value for which the personal records of an elderly peaceful protestor were exactly needed to be further maintained in an offender register in which they were kept. Toulson, L. held that record-keeping performed by police units is apparent concerning such categories of people, who are involved as suspects, witnesses or victims, but this in no way may be connected to plaintiff, who "has done no more than exercise his democratic right of peaceful protest"³⁷. The UK Supreme Court also dismissed the claim of the second plaintiff, T., allowing appeal of defendants.

Judgment of the European Court.

Thus, Catt lost his suit and decided to file an action to the European Court of Human Rights. He grounded his lawsuit upon an invasion of privacy (Art. 8 of the European Convention). Defendant (the representatives of the UK Government), tried to impugn the admissibility of the lawsuit claiming that most of the information that was stored relating to him, had been already expunged, as well as claiming that the plaintiff had a range of legal remedies to expunge the appropriate records. The Court did not find these arguments sound: concerning the first, the Court concluded that his records were stored since 2005, which made him a "victim" from a Convention perspective since then, and the fact that some of the personal records were expunged did not change the situation. Concerning the second argument, the Court held that in case one legal remedy is pursued by plaintiff (he decided to apply to the court so as to have his "criminal" records expunged), another remedy with an exactly the same objective is not necessary under the Court's established jurisprudence. Henceforth, the Court held that Catt's claim was admissible, not being inadmissible on any other grounds³⁸.

Then, the parties of the proceedings represented their arguments concerning the dispute. Plaintiff, submitting his right to privacy by storing his personal records in an offender database, claimed that such interference was unjustified, did not provide effective safeguards and so was not made in accordance with the law, claiming that the scope of an "extremist" database may be arbitrarily adjusted by law enforcement agencies and the "criminal" records are maintained for long time periods. Catt also claimed that retention was further unjustified, as it involved facts of his involvement into protest demonstrations and had never been useful for police operation. Plaintiff also alleged that the functioning of the register featured inadequate safeguards, and claimed that even the courts did not have all existing records before them. Defendant did not argue that the data storage was an actual interference into plaintiff's privacy, but counsel for defendant argued that upon the findings of the Supreme Court, the intrusion was considered to be minimal. The same foundation was used to argument concerning the legal basis of such retention – the Supreme Court actually affirmed that the records were maintained with full compliance with the acting legislation of the United Kingdom. Referring to a substantial judicial scrutiny, carried out by the English courts, defendant claimed that it the state's matter to determine the margin of appreciation concerning the necessity to retain plaintiff's "criminal" records. Counsel for defendant also claimed that plaintiff should have utilized domestic remedies in regard with additional reports mentioning plaintiff, practically by the same means he did before. They also claimed that additional reports did not impact the proceedings held before the English courts.

Two organizations, the Equality and Human Rights Commission, an English non-departmental public body, and Privacy International, an English charity NGO, have contributed their submissions to the European Court. The Commission claimed that the National Domestic Extremism Database is not created under any legislation and has no published policy referring to its foundation or purposes of its subsistence and functioning. The Commission recalled a more than thirty-year old instrument by the Council of Europe, namely Recommendation No. 87 (15), elaborated in the mid-1980s, which set out a handful of principles in regard with police record-keeping, and held that this offender register does not comply with them. Privacy International held that there was no legislation for collecting personal records from public sources, and did not consider the interference by Catt's data maintenance to be "minimal"³⁹.

The European Court proceeded to determine whether the interference (upon the Court's jurisprudence, such data retention constitutes a violation of privacy *per se*, though it may be justified, making the plaintiff not prevail in action), and concluded that the legal basis seems to be a bit ambiguous. On one hand, the Court had concerns so as to the definition of "domestic extremism" and a potentially perpetual retention of data, but on the other hand, there was a possibility to apply for "criminal" records expungement and the dissemination of such data was reduced nearly to zero. Thus, to resolve the issue, the Court went to determine whether the respective measures were "necessary in a democratic society". The issue of the existence of a legitimate aim was not disputed by the European Court – herein it reiterated the position of English courts. The Court concluded that data relating to political views of plaintiff are to be deemed as "sensitive", despite this issue had never been raised by plaintiff within the proceedings before the domestic courts, who mainly argued concerning the legality of the retention of his "criminal" records. The European Court, however, inferred that the "sensitive" nature of the records retained was actually the crucial feature of the proceedings before the domestic courts⁴⁰. The fact the data *was* sensitive made the Court disagree with the defendant's argument that the margin of appreciation relating to data retention lies on the defendant-state, but not upon the European Court⁴¹.

Next, the Court cast the light upon two other issues. First was the "obscurity" (as it was designated by the Court) of the powers, vested upon the defendant-state that created a risk of arbitrariness, using "sophisticated" machinery. The mere fact that way more records in regard to plaintiff were disclosed within the proceedings, also brought up concern by the Court. The European Court held that it was justifiable to collect the data concerning the plaintiff, and the Court agreed with the English courts that the police definitely had to monitor the Smash EDO protests, and irrespective of the fact plaintiff committed no crime, it *was* justifiable for the police to *collect* data regarding the plaintiff, as he repeatedly took part in demonstrations, associated with violence. However, the Court found that it was *not* justifiable to *retain* the records concerning John Catt. The Court also believed that it could be justifiable to maintain plaintiff's "criminal" records within some time after they were collected, but with the actual absence of a boundary time fragmentation for data retention, there had to be very elaborate safeguards to assure that his data, if kept, is in the limits of proportionality. Upon such background, the only thing Catt could expect is the following: the records will be subject to a review. But does that mean that the personal records of plaintiff will be thereafter expunged? Not necessarily, says the Court, adding that potentially the retention of these personal records could be indefinite in time limits⁴². Safeguards concerning plaintiff's records expungement seemed to be vague in the light of refusal without any reasons. As the Court concluded, the data was retained far more than six years, despite it has never been claimed that plaintiff constituted any danger. It was also highlighted, that the peaceful demonstrations where the elderly activist took part were a significant part of a democratic process upon the established jurisprudence of the European Court⁴³, and it was not adequate to associate peaceful demonstrations with domestic extremism: the Court reckoned up that the witness statement of the National Coordinator of the UK National Public Order Intelligence Unit (NPOIU), submitted before the Divisional Court, he mentioned that "domestic extremism" should refer to collection of records of people, or groups who overstep democratic process. Therefore, the Court found that the law enforcement agencies did not act in accordance with the definition given above, and the decision to maintain his records further in the future did not consider their sensitivity in fact. The Court also paid its attention towards the provisions of the old Recommendation R(87) 15, upon which the collection of personal records participating in movements not proscribed by law just upon this grounds, and not urgently necessary for some reasons, is not allowed. The Court found that the collection of plaintiff's personal records was neither proved to be of such necessity, nor was collected for a particular inquiry. The Court also took into consideration the age of the plaintiff (who was 94 by 2019) and the report of the Her Majesty's Inspector of Constabulary, which suggested that lots of similar records had been expunged in the recent years, finding that the argument of the defendant that expunging records is burdensome, is not actually virtual. Thus, the European Court issued its judgment in favor of John Catt, the plaintiff⁴⁴.

Background and conclusions.

The case discussed above poses a complicated issue before courts concerning determining the rules on retention and expungement of criminal records wherein no firm legal basis or actual legislation is available. Retention of plaintiffs' personal data regarding conviction, or suspicion in committing a crime, cautions and other crime-related records, e.g. arrest records, or a mere retention of personal data in an offender database necessitates a precise legal basis, and the proceedings concerning a claim to expunge such records demand substantial judicial scrutiny. The issue of expungement of criminal records or retention of personal data by state authorities which may cause adverse effect on plaintiff are not that novel for the European Court. By far, the lead case concerning this could be considered the *Leander* judgment (widely known as "*Leanderfallet*" in Sweden, where the plaintiff originated from) in 1987, where a man desperately strived to obtain access to his personal records, believing he could find a reason for which his application for a position of a ward at a naval museum was withdrawn. A stunning peculiarity of the case was his inability to impugn the actions of certain state authorities by filing an administrative action owing to the specificities of the domestic civil liability law⁴⁵. The plaintiff, however, did not prevail in action, and I could intimate that in the light of contemporary European Court's case-law, the judgment could have been reverse, especially, considering the dissenting opinions in *Leander's* case⁴⁶. The issue of criminal records expungement was well covered by a *triad of judgments against France* in 2006, which featured 3 sex offenders (one being imprisoned) suing to expunge their respective criminal records⁴⁷. The judgment of *S. & Marper v. United Kingdom* (2008), featured two

suspects, one being suspected in a theft (a minor), and another in harassment (the adult), suing to expunge their DNA samples and fingerprints⁴⁸. The plaintiff in the judgment of *Khelili c. Suisse (Khelili v. Switzerland)*, was also convicted (though of a minor offence), so as was plaintiff in *Aycaguer v. France* (2017)⁴⁹. In a light contrast to plaintiffs in the abovementioned cases, claimant in *M.M. v. United Kingdom* (2012) was issued a caution, but had no actual conviction⁵⁰. As we may deduce from the abovegiven comparison, in sharp contrast to all the abovementioned plaintiffs, John Catt had neither convictions, nor was ever suspected in crime, nor was issued a caution. As the court reports state, he was twice arrested during his participation in various demonstrations, but was never convicted. So, herein we have a case of retention of records in an offender register given John Catt had no criminal record at all, which is an apparent novelty for the European Court, which also had to apply additional judicial scrutiny. Therefore, the issue of criminal records expungement is becoming more and more topical in international human rights law. The case of Catt covered a yet-unknown problem of data retention relating not only to an unconvicted person, but a person *without* a criminal record. Obviously, the given judgment will contribute to the contemporary privacy-related jurisprudence of the European Court.

¹ *Catt, R (on the application of) v. The Association of Chief Police Officers of England, Wales and Northern Ireland & Others*, [2013] WLR 3305; [2013] 3 All. ER. 583, para. 26 (facts) [hereafter – Catt appeal].

² *Catt v. United Kingdom*, App. No. 43514/15, Judgment of 24 January 2019, para. 7 (hereinafter – the *European Court judgment*).

³ *R (on the application of Catt) (AP) (Respondent) v Commissioner of Police of the Metropolis & another (Appellants); R (on the application of T) (AP) (Respondent) v Commissioner of Police of the Metropolis (Appellant)*, [2015] WLR(D) 110, [2015] 1 AC 1065, para. 22–24 (hereinafter – the *UK Supreme Court judgment*).

⁴ *UK Supreme Court judgment*, para. 19–20; *Catt appeal*, para. 27.

⁵ *UK Supreme Court judgment*, para. 22.

⁶ *UK Supreme Court judgment*, para. 22–23.

⁷ *Catt appeal*, para. 26.

⁸ *UK Supreme Court judgment*, para. 23.

⁹ *Catt appeal*, para. 31.

¹⁰ *The European Court judgment*, para. 11–16.

¹¹ *The European Court judgment*, para. 12.

¹² *Catt appeal*, para. 26; *UK Supreme Court Judgment*, para. 24.

¹³ *The European Court judgment*, para. 75.

¹⁴ *Catt appeal*, para. 47–50.

¹⁵ [2008] ECHR 1581, Apps. No. 30652/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008.

¹⁶ App. No. 62332/00, Judgment of 6 June 2006.

¹⁷ *P.G. & J.H. v. United Kingdom*, (2008) 46 EHRR 51; App. No. 44787/98, Judgment of 25 September 2001.

¹⁸ *Aycaguer v. France*, [2017] ECHR 587, App. No. 8806/12, para. 22–47.

¹⁹ *Catt appeal*, para. 28–29, 30.

²⁰ *Catt appeal*, para. 31.

²¹ *Conseil Constitutionnel*, Décision n° 2004–492 DC du 2 mars 2004, para. 72–74; *Conseil Constitutionnel*, Décision n° 2010–25 QPC du 16 septembre 2010, para. 12–20.

²² See. Loi n° 2004–204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

²³ See my comment of the said cases in Anatoliy A. Lytvynenko, *The application of the right to be forgotten in the context of criminal records expungement: the case law of the European Court of Human Rights and the case law of the US courts*, 2019 (4) L. Rev. Kyiv Univ. L. 379, 381–383 (2020).

²⁴ See. *Catt appeal*, para. 32–33; *UK Supreme Court Judgment*, at para. 7.

²⁵ *Catt appeal*, para. 35.

²⁶ *Catt appeal*, para. 44.

²⁷ *M.M. v. United Kingdom*, App. No. 24029/07, Judgment of 13 November 2012.

²⁸ *Catt appeal*, para. 44–46.

²⁹ *Catt appeal*, para. 49–50.

³⁰ *Catt appeal*, para. 55, 57, 60–62.

³¹ *UK Supreme Court judgment*, para. 6.

³² *UK Supreme Court judgment*, para. 11–17.

³³ *S. & Marper v. United Kingdom* [2008] ECHR 1581, Apps. No. 30562/04; 30566/04, Judgment of 4 December 2008, para. 9–15 (facts and trial history).

³⁴ *UK Supreme Court judgment*, para. 26–27.

³⁵ *UK Supreme Court judgment*, para. 28–29.

³⁶ *UK Supreme Court judgment*, para. 30–36.

³⁷ *UK Supreme Court judgment*, para. 60–70.

³⁸ *The European Court judgment*, para. 73–79.

³⁹ *The European Court judgment*, para. 80–85; 86–91.

⁴⁰ *The European Court judgment*, para. 105–112.

⁴¹ *The European Court judgment*, para. 112.

⁴² *The European Court judgment*, para. 115–120.

⁴³ *Gorzelik and Others v. Poland*, App. No. 44158/98, Judgment of 17 February 2004, para. 89–93.

⁴⁴ *The European Court judgment*, para. 121–123; 124–128.

⁴⁵ See. *Leander v. Sweden*, [1987] 9 EHRR 433, App. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987, para. 10–17; 43.

⁴⁶ *Leander*, partially dissenting opinion of Judges Pettini and Russo.

⁴⁷ *B.B. v. France* [2005] 5335/06; *Gardel v. France* [2009] ECHR 16428/05; *M.B. v. France* [2009] ECHR 22115/06.

⁴⁸ *S. & Marper v. United Kingdom* [2008] ECHR 1581, Apps. No. 30562/04; 30566/04, Judgment of 4 December 2008, para. 9–12.

⁴⁹ *Aycaguer v. France*, [2017] ECHR 587, App. No. 8806/12, Judgment of 22 June 2017, para. 5–13 (facts).

⁵⁰ *M.M. v. United Kingdom*, App. No. 24029/07, Judgment of 13 November 2012, para. 5–12 (facts).

Резюме

Литвиненко А.А. Утримання даних літнього незасудженого активіста порушує його право на приватність: рішення ЄСПЛ по справі Catt v. United Kingdom (2019).

У недавньому рішенні Європейського Суду з Прав Людини по справі Catt v. United Kingdom (2019), Суд постановив, що утримання персональних даних літнього активіста, який ніколи не був засуджений за скоєння злочину (хоч і був двічі заарештований під час демонстрацій), порушує його право на приватність. Літній позивач, Джон Катт, дізнався, що поліцейський реєстр містив численну інформацію стосовно нього, і волів добитися знищення цих даних. Його боротьба за вилучення цієї інформації завершилася безуспішно у національних судах, однак позивач спромігся виграти справу в ЄСПЛ. У цій нотатці ми обговоримо обставини справи, саме рішення Суду та його сучасну практику у справах щодо знищення персональних даних стосовно судимості чи підозри в скоєнні позивачем злочину. Історія права особи на знищення даних щодо її судимості та підозри в скоєнні злочину налічує понад століття в державах як англо-саксонського, так і континентального права, про що свідчить численна практика французьких та американських судів, починаючи з другої половини 19ст. З початку 2000х років, аналогічні позови були подані і до Європейського Суду з Прав Людини. Так, в більшості справ ЄСПЛ на цю тему позивачі були судимими (тріада справ проти Франції 2006 р., справа *Khelili c. Suisse та Aycaguer v. France*), або були підозрюваними (справа *S & Marper v. United Kingdom*), чи отримували «попередження» (*M. M. v. United Kingdom*), однак цього не можна сказати про позивача у даній справі. В цьому, власне, і полягає новизна справи – Джон Катт ніколи не притягувався до кримінальної відповідальності, ніколи не проходив підозрюваним у жодній кримінальній справі та не отримував «попереджень», натомість численна інформація стосовно нього містилася в поліцейському реєстрі в силу участі позивача у демонстраціях організації *Smash EDO*, на мітингах якої виникали заворушення. Рішення Суду по цій справі, на думку автора, однозначно матиме вплив на майбутню практику Європейського Суду як в контексті права на приватності загалом, так і в справах щодо вилучення даних стосовно судимості та підозри в скоєнні позивачем злочину.

Ключові слова: захист персональних даних, право на приватність, вилучення даних щодо судимості та підозри в скоєнні злочину, право на забуття.

Резюме

Литвиненко А.А. Удержание данных пожилого неосужденного активиста нарушает его право на приватность: решение ЕСПЧ по делу Catt v. United Kingdom (2019).

В недавнем решении Европейского Суда по Правам Человека по делу Catt v. United Kingdom (2019), Суд постановил, что содержание личных данных пожилого активиста, который никогда не был осужден (хоть и был дважды арестован во время демонстраций), нарушает его право на приватность. Пожилой истец, Джон Катт, узнал, что полицейский регистр содержал значительное количество информации касательно него, и желал добиться их уничтожения. Его борьба за удаление этой информации закончилась для него безуспешно в национальных судах, однако истец сумел выиграть дело в ЕСПЧ. В этом комментарии мы обсудим обстоятельства дела, само решение Суда, а также его современную практику в делах касательно удаления личных данных о судимости или подозрения в совершении истцом преступления. История права человека на удаление данных о судимости или подозрения в совершении преступления насчитывает более века в государствах как англо-саксонского, так и континентального права, однако новизна данного дела состоит в аспекте удаления из полицейского регистра данных истца, который не был судим и не подозревался в совершении преступлений. Так, в большинстве дел ЕСПЧ по этой теме истцы были судимы (триада дел против Франции 2006 г., дело *Khelili c. Suisse и Aycaguer v. France*), либо были подозреваемыми (дело *S. & Marper v. United Kingdom*), либо получали «предупреждение» (*M. M. v. United Kingdom*), в то время как истец в данном деле не был осужден, не проходил как подозреваемый, и не получал «предупреждений». Данное решение Суда, по мнению автора, однозначно будет иметь влияние на будущую практику ЕСПЧ как в контексте право на неприкосновенность частной жизни в общем, так и в делах касательно удаления данных о судимости и подозрении в совершении истцом преступления.

Ключевые слова: защита персональных данных, право на приватность, удаление данных о судимости и подозрении в совершении преступления, право на забвение.

Summary

Anatoliy Lytvynenko. Data retention of an unconvicted elderly activist violates his right to privacy: Catt v. United Kingdom (2019).

In a fairly recent judgment of Catt v. United Kingdom (2019), the European Court ruled that the retention of personal data relating to an elderly activist, who was never been convicted of any offense, though being twice arrested within demonstrations, violated his right to privacy. The elderly plaintiff, John Catt, found out that a police register contained a substantial set of personal records of him participating in peaceful demonstrations and thus desired to have his all data expunged. His ordeal failed in the national courts, but he managed to prevail in his respective action at the European Court of Human Rights. In this case note we'll discuss the circumstances of the case, the judgment and the general background of the Court's case-law in respect with criminal records expungement. The issue of a person's right to have his criminal record expunged counts over a century in both common-law and civil law states, but the novelty of the judgment consists in the issue of expungement of police records of an unconvicted plaintiff with no criminal record existing. Most of the current ECtHR jurisprudence on the subject involves convicted plaintiffs (the triad of cases against France in 2006, *Khelili c. Suisse and Aycaguer v. France*), or were suspected ones (*S. & Marper v. United Kingdom*), or plaintiff with a caution (*M.M. v. United Kingdom*), whilst plaintiff in the commented case had no criminal record. The given judgment will surely impact the future of the European Court's jurisprudence in respect with both right to privacy in general and the issue of criminal record expungement.

Key words: data privacy, right to privacy, criminal records expungement, right to be forgotten.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.78

УДК 342.7

М.В. ОНІЩУК, М.В. САВЧИН

*Микола Васильович Оніщук, доктор юридичних наук, заслужений юрист України, ректор Національної школи суддів України**

ORCID: 0000-0002-0588-0540

*Михайло Васильович Савчин, доктор юридичних наук, професор, директор Науково-дослідного інституту порівняльного публічного права та міжнародного права Ужгородського національного університету***

ORCID: 0000-0002-9551-1203

ПРЯМА ДІЯ КОНСТИТУЦІЇ ТА ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ЇЇ ПОЛОЖЕНЬ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Постановка проблеми. Проблематика прямої дії Конституції є дражливою для вітчизняної юриспруденції. Насправді тут треба брати до уваги аспекти порівняльного правознавства та процеси конвергенції у праві. Мається на увазі вплив на юриспруденцію вітчизняних судів *case law* Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), оскільки Україна є членом Ради Європи і визнала юридичну силу Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, та Палацу правосуддя ЄС, оскільки укладення Угоди про асоціацію між Україною та ЄС наклало низку обов'язків на нашу державу. У світлі такої динаміки цілком очевидно, що виникає багаторівнева та плюралістична картина прямої дії положень Конституції України як компонента її найвищої юридичної сили.

Вся означена проблематика, хоча й зачіпає питання установчої влади та *eternally clauses* ст. 157 Конституції України, насправді через систематику конституційного перегляду, що визначає її розділ XIII, вирішується через інтерпретацію Конституційним Судом України (далі – КСУ). Розуміння прямої дії конституційних положень, приписів та правил переміщується у площину системи аргументації рішень КСУ і таким чином юридичні позиції, сформульовані Судом, беруться до уваги при аргументації рішень судами загальної юрисдикції.

Україна належить до континентальної правової сім'ї, в якій судові рішення мають специфічну природу як інтерпретаційні акти: загальні суди тлумачать закони і вирішальне значення має стала (усталена) практика верховних (касаційних) судів; а конституційні суди (трибунали) чи ради – тлумачать конституцію, конкретизуючи і деталізуючи їх положення як своєрідний «відкритий текст».

Однак диявол приховується у деталях. Щоб знайти дороговказ, слід детально провести логічні зв'язки між прямою дією конституції та юридичною силою актів конституційної юстиції. У компаративному аспекті необхідно також простежити тенденції до транспозиції правових ідей і принципів, запозичення стилів аргументації ЄСПЛ та Суду ЄС у вітчизняному правосудді. Вони становлять нормативний аспект чинності конституції та її верховенства.

Слід враховувати соціальний контекст, пов'язаний із функцією захисту прав людини конституційною юстицією, який здійснюється шляхом розгляду конституційних скарг. Тому виникає питання: які конкретні юридичні обов'язки покладає рішення КСУ на адміністративні суди з точки зору *erga omnes* (загальної чинності) та *inter partes* (чинності між сторонами).

Формулювання мети статті. На такій методологічній основі слід вирішувати проблеми, пов'язані з імплементацією рішень КСУ в діяльності адміністративних судів. Відтак, метою статті є розкриття прямої

© М.В. Оніщук, М.В. Савчин, 2020

* *Mykola Onishchuk, Dr. hab. in Law, Honored lawyer of Ukraine, Rector of the National School of Judges of Ukraine*

** *Mykhailo Savchyn, Dr. hab. in Law, professor, Director of the Research Institute for Comparative Public Law and International Law of Uzhhorod National University*

дії Конституції України при здійсненні адміністративного правосуддя шляхом імплементації її положень у судових рішеннях.

1. Найвища юридична сила Конституції та аргументація судових рішень

Аналіз останніх досліджень і публікацій, виклад основного матеріалу. Жаклін Кановіц застерігає, що конституція сама по собі не визначається, для її розуміння потрібен постійний процес інтерпретації у різних контекстах¹. Відтак, розглянемо окремі аспекти «вічного» питання – як інтерпретується конституція в доктрині та судовій практиці, виходячи із конституційних цілей обмеження влади та забезпечення захисту прав людини.

1.1. Верховенство права як місія суду захищати права людини. Верховенство права означає, що індивід не має зверхності над законом – закон визначає однаковий масштаб свободи. Але таке масштабування є ніщо інше, як певний розподіл благ або забезпечення рівного доступу до них. Розподіл благ часто супроводжується дискусією чи навіть конфліктами, в яких слід визначити межі доступу до цих благ. Тому в даному випадку важливим є усунення такого стану юридичної невизначеності. Об'єктивним критерієм тут виступають права людини та обов'язку суду захищати сутнісний зміст права.

Конституція має нормативний і фактичний компонент, що набуло відображення у працях Роберта Алексі², Джованні Сарторі³ та Моріса Дюверже⁴. Попри різне трактування цих проблем, сам факт конституційного закріплення таких критично важливих засад, як правова держава та верховенство права, накладають конкретні обов'язки на державу стосовно забезпечення справедливого правосуддя, встановлюючи стандарти щодо його здійснення. І такі конституційні засади не слід розглядати як політичні декларації, оскільки вони зобов'язують суди ефективно захищати права людини.

1.2. Систематика правових актів у системі аргументації судових рішень. Це одне із ключових питань у світлі доктрини судового прецеденту, зокрема здійснення судової перевірки актів органів публічної влади. Марк Ташнет у цьому контексті аналізує слабкі та сильні системи перегляду правових актів (*strong-form and weak-form judicial review*)⁵.

Порівняльно-правовий аналіз засвідчує, що існують такі концепції актів конституційної юстиції, як: концепція конституційної юриспруденції (усталеної судової практики), квазіпрецедентна, актів конституційної юрисдикції як нормативних, інтерпретаційна концепція. Такий плюралізм концептуальних підходів до природи актів органів конституційної юстиції частково зумовлений стилем обґрунтування рішень конституційних судів та усталеною доктриною щодо ступеня їх легітимності. Ключовим тут є те, що в континентальному праві конституційні суди чи аналогічні установи ухвалюють рішення на основі положень конституцій. Тому тут слід урахувувати домінуючі підходи в аргументації актів конституційної юстиції. Данієло Белло Гант виділяє внутрішні і зовнішні (*implicit and explicit accounts*) аспекти інтерпретації конституції⁶, під якими маються на увазі відповідно правові та юридичні аспекти тлумачення конституції.

Водночас обґрунтування рішень Європейського суду з прав людини та Палацу правосуддя Європейського Союзу відображають моделі конвергенції судового права, яка поєднує в собі німецьку та англійську моделі юридичної аргументації. Для правового стилю рішень судів Англії, яка представляє систему загального права, є притаманною риса відсутності писаної конституції. Такий стиль відмінний від правового стилю американських судів, що пов'язано з наявністю писаної Конституції США 1787 р. Для європейських конституційних судів англійський стиль застосування правил *stare decisis* є проблематичним у силу визнання закону первинним джерелом права, ієрархію яких очолює саме конституція.

З точки зору конвергенції права та зважаючи на специфіку правової системи України ні акти Конституційного Суду, ні акти Верховного Суду не можна розглядати як судові прецеденти. Відповідно, Конституційний Суд зв'язаний Конституцією і тлумачить її, Верховний Суд – тлумачить закони і зв'язаний їх положеннями. Однак цього недостатньо для розуміння систематики правових актів у силу прямої дії Конституції, яка переважно є тим, що говорить про неї доктрина і конституційна юриспруденція.

1.3. Верховенство Конституції та заборона у відмові у правосудді в разі недоліків законодавства. Функція конституційної юстиції за таких ситуацій не підмінювати законодавця, а у світлі конституційних цінностей і принципів надати юридичну оцінку їх конституційності. Принцип вірності конституції встановлює стандарт щодо недопустимості ситуації відмови від захисту основоположних правових цінностей.

Така ситуація виникає також у разі прогалин у законодавстві, вад юридичної техніки, неналежної конкретизації чи деталізації законодавства, особливо за наявності відсильних приписів законів. Обов'язок захисту КСУ тут впливає не лише через його реагування на факти порушення Конституції. Як цілком слушно зазначається у Генеральній доповіді XIV Конгресу Конференції європейських конституційних судів, «засади конституційного порядку можуть також бути порушені невиконанням конституційних приписів, коли не регулюється те, що має регулюватися згідно з конституцією. Отже, контроль не виконаних (або, скоріше, погано виконаних) дій не менш важливий у якості гарантій несуперечності правової системи, заснованої на конституції»⁷. Згідно з цією доповіддю прогалини, колізії та суперечності у законодавстві суперечать верховенству права, зокрема юридичній визначеності, передбачуваності у праві, створюючи істотні перепони у реалізації конституційних прав, посягаючи на їх сутнісний зміст. Тому завданням судів є долати ці недоліки за допомогою засобів і методів тлумачення і забезпечувати у такий спосіб верховенство конституції. Як правило, це здійснюється шляхом тлумачення Конституції і рекомендацією законодавцю у певний строк усунути виявлені недоліки законодавства та роз'ясненням судам, як вирішувати такі справи до остаточного законодавчого врегулювання проблеми.

Тоді інтерпретація Конституції може слугувати критерієм для застосування законів судами загальної юрисдикції. Зокрема, у цьому річизці законодавчий недогляд розглядається як неналежне виконання вимог конституції щодо прийняття необхідного правового регулювання, зокрема, таке може проявлятися у бездіяльності з прийняття правового акта, неналежної дії, недостатності дій правотворчих органів⁸. Питання впирається у площину засобів і методики тлумачення конституції та законів.

2. Пряма дія Конституції та її нормативність

Нормативність Конституції проявляється у двох аспектах: 1) принципу вірності Конституції, згідно з яким законодавець і публічна адміністрація мають належним чином втілювати її положення у життя у своїх нормативно-правових актах; 2) засадах автономного та динамічного тлумачення Конституції органом конституційної юстиції та імплементації загальними судами юридичних позицій конституційної юстиції при аргументації власних рішень. Це є важливим для Верховного Суду, який забезпечує єдність судової практики та шляхом тлумачення закону у світлі конституційних принципів має усувати інституційні проблеми в поточному законодавстві.

2.1. Обов'язок захисту та право на судовий захист. Такий обов'язок ґрунтується на приписах ст. 3 Конституції, згідно з якими утвердження і забезпечення прав людини є головним обов'язком держави. При цьому існують дилеми щодо балансування між індивідуальними правами та публічними інтересами. Однак це розглядається в контексті посилення влади судів (юристократії), коли суди стають схильними до арбітражу та формулювання нових правил. Насправді, у світлі прав людини суд стикається з дуалістичною природою прав людини, які поєднують у собі правила і принципи. Виникає своєрідне герметичне коло тлумачення, оскільки права людини тлумачаться у контексті соціальної взаємодії, що зумовлює використання автономного й динамічного тлумачення. Критики підходу балансування наголошують на тому, що ця метафора нічого не говорить про те, як слід зважувати різні інтереси, і це мовчання, як правило, приховує неможливість вимірювання несумірних значень, вводячи образ механістичної, кількісної метрики⁹.

Насправді, тут питання полягає в тому, наскільки конституційна юстиція втручається у поле конституційного розсуду законодавця. Як зазначає американський конституціоналіст Джеремі Волдрон, це стосується не кількісних визначень, а «будь-якої форми аргументації чи аргументації щодо ціннісних параметрів (значень)»¹⁰. На думку Войцеха Садурського, захист конституційних прав конституційною юстицією не завжди є бездоганим¹¹, що у світлі практики розгляду конституційних скарг цілком справедливе щодо КСУ.

2.2. Сутнісний зміст права та аргументація судових рішень. КСУ донедавна доволі часто використовував формулу частини третьої ст. 22 Конституції України для з'ясування того, наскільки виправданими та легітимними є вживані державою заходи у сфері урядування. Спочатку КСУ розглядав це питання через якісні й кількісні параметри визначення вартості змісту та обсягу прав і свобод людини (Рішення № 8-рп/2005). Однак пізніше КСУ доволі рішуче відмовився від нього, поєднуючи концепт «відкритого» характеру прав людини із принципом пропорційності, ставши на бік доктрини сутнісного змісту права (*the very essence of the right*) (Рішення № 5-р/2018): «...при ухваленні нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини, якщо таке звуження призводить до порушення їх сутності».

Доктрина сутнісного змісту права орієнтує суди забезпечувати захист приватних осіб від неправомірного втручання публічної влади у сферу приватної автономії, зокрема, вказує, що суди не можуть відмовляти у їх захисті в разі недоліків законодавства. Це впливає з природи прав людини, які пов'язані з особистістю людини, а не в силу факту закріплення певних привілеїв чи прерогатив у законах. Закон лише надає органам публічної влади формальну юридичну підставу діяти у певних легітимних цілях.

2.3. Конкретизація Конституції шляхом суддівського тлумачення. Конкретизація Конституції здійснюється у подвійний спосіб – законодавцем та в конституційному судочинстві. Це питання переміщується у площину інтерпретації конституційної юстиції, оскільки акти парламенту є об'єктом перевірки на відповідність конституційним цінностям і принципам. Як пише Ервін Чемерінські, «...найкращою інституцією по тлумаченню Конституції є не та, яка найбільше відображає сучасні вподобання більшості. Тлумачення конституції найкраще робити відносно ізольованим від політики органом»¹².

Так само судовий перегляд стосується й актів публічної адміністрації, що є загальним стандартом верифікації правомірності діяльності органів публічної влади при встановленні прав та обов'язків приватних осіб. Щодо цього лорд Брідж із Гарвіча наголосив: «...суд повинен мати право піддавати адміністративне рішення більш жорсткій перевірці, щоб переконатися, що воно жодним чином не є хибним, відповідно до істотного питання, яке визначає суд... для найбільш скрупульозної перевірки (з доданням акценту)»¹³.

Як справедливо зазначає Алекс Гевантер, це зумовлено більшою вагою судової перевірки правових актів на предмет захисту основоположних прав, аніж контролю за актами парламенту як такими: «Це створює цікавий масштаб: питання, які потребують схвалення Парламенту, мають нижчий рівень контролю порівняно з втручанням в основоположні права, які мають вищий ступінь контролю»¹⁴.

Насамкінець зазначимо: конкретизація конституції судами – це звичайна їх функція, оскільки є політично нейтральною з дотриманням стандартів процесуального порядку розгляду справ, тобто *due process*. Водночас мовна невизначеність і принциповий характер багатьох конституційних положень змушують суддів постійно шукати методи, які перетворюють ці правила на норми (*turn these rules into norms*), здатні вирішувати фактичні справи, іноді всупереч думці інших гілок влади¹⁵. Хоча тут виправданням для суддів слугує

саме інтерпретація прав людини, які мають тлумачитися у світлі засад пропорційності й неприпустимості використання Конституції як засобу їх обмеження, оскільки це суперечить конституційним цілям¹⁶.

2.4. Юридична сила рішень Конституційного Суду України та перегляд судових рішень. Для забезпечення правового характеру законів у континентальній системі права запроваджена система їх перегляду незалежними конституційними судами. Вони дають оцінку законам на предмет відповідності фундаментальним цінностям, оскільки «конституційне тлумачення є процесом вирішення питання, які цінності є настільки фундаментальними, що їх слід захищати від політичної більшості»¹⁷.

У континентальному праві маємо підхід, коли конституційний суд зв'язаний положеннями конституції. Тим паче, належне й розлоге аргументування рішень КСУ мають чи не ключове значення для їх демократичної легітимації, оскільки тут має місце конкретизація Конституції. Конституційна юстиція не у вакуумі, якщо є юридична порожнеча, то її діяльність сприяє наповненню конституції певним сенсом. Це дуже важливо для процесу втілення положень конституції в життя, оскільки юридичні позиції, сформульовані органом конституційної юстиції, є важливими для аргументації рішень судами загальної юрисдикції. Якщо цього не буде, то загальні суди звертатимуться переважно до рішень ЄСПЛ.

2.5. Принцип пропорційності: трискладовий тест та балансування. На методологічному характері принципу пропорційності робить акцент Майкл Тагарт¹⁸. Водночас цей принцип розглядають і як своєрідну атаку на права людини¹⁹, оскільки саме на його основі здійснюються обмеження прав людини²⁰. Однак пропорційність визначає ступінь легітимності втручання держави в основоположні права. Щодо цього лорд Бінгем висловився так: «Чим суттєвіше втручання в права людини, тим більше суд вимагатиме обґрунтування, перш ніж він переконається, що рішення є розумним»²¹.

Існує справедливе міркування, що загальні слова законів не можуть скасовувати основоположні права²², які ґрунтуються на розумінні поваги до прав людини. Поряд із тим має значення приватна автономія як критерій визначення меж втручання держави у здійснення певних прав. Таке поняття є широким, починаючи від розуміння приватності до здійснення актів самовизначення, зокрема, що стосується вибору видів економічної діяльності. Наприклад, у справі *Fitzpatrick*²³. Палата лордів для подолання консервативної інтерпретації законодавства про оренду житла у світлі положень ст. ст. 8 і 14 Євроконвенції зазначила, що словосполучення «як його чи її дружина чи чоловік» слід тлумачити у розумінні «як би ти дружина чи чоловік». Це було зроблено відповідно до розділу 3(1) Акта про права людини 1998 р., в якому визначено, що «наскільки це можливо, первинне законодавство та підзаконні нормативно-правові акти повинні читатись та набирати чинності у такий спосіб, щоб бути сумісними із конвенційними правами».

Таким чином, конституційна юстиція схиляється до зважування цінностей і принципів як певних стандартів і вимог до правових норм і правозастосування, зокрема: а) неприпустимості тлумачення конституції через положення ординарного законодавства; б) забезпечення балансу приватних і публічних інтересів; в) визначати ступінь легітимності втручання держави у приватну автономію особи. Складніше питання при застосуванні положень Конституції як норм прямої дії загальними судами. Роберт Алексі вважає, що критерію пропорційності відповідає формула балансування, яка має внутрішні та зовнішні аспекти. Згідно з внутрішнім аспектом обґрунтування інтенсивність обмеження прав людини повинна мати за мету принаймні дві цілі, з урахуванням їхньої ваги, а також гнучкість емпіричних припущень²⁴. Зовнішні аспекти обґрунтування балансування не піддаються логічним операціям, оскільки вони спираються на припущення та правдоподібності причин і наслідків певних дій²⁵.

3. Найвища юридична сила Конституції України та юридична сила рішень Конституційного Суду

Ця проблематика потребує гolistичного, тобто цілісного тлумачення. За такого підходу концепт логіки ст. 8.2 Конституції, яка ніби засновує ієрархію нормативно-правових актів, слід синтезувати із приписами ст. 151², небездоганно інтерпретувати яку зробив спробу Конституційний Суд, у поєднанні зі ст. 9 Конституції. Тоді побачимо, що юридична конструкція ст. ст. 151² і 152 Конституції розриває навпіл ієрархію нормативно-правових актів на таку схему: Конституція – *юриспруденція Конституційного Суду* – міжнародні договори України – закони та інші нормативно-правові акти.

3.1. Доктрина та пряма дія Конституції: роль у аргументації судових рішень. Стаття 8.3 Конституції визнає пряму дію її положень, а також встановлює принцип гарантованості звернення кожного до суду для захисту конституційно захищених прав на підставі конституційних приписів. Ця засада має значення з точки зору нормативності прав людини, щодо яких держава несе обов'язок захисту. У силу приписів ст. 3 Конституції головним обов'язком держави є утвердження і забезпечення прав людини. За словами Ервіна Чемерінські: «...Як тільки ми вирішимо, що конституція повинна керувати суспільством, щоб зробити деякі питання менш підданими мажоритарному контролю, судовий перегляд є найважливішим механізмом тлумачення та виконання обмежень документа щодо дій більшості»²⁶.

Згідно з Джеком Донеллі, постановка питання про захист прав людини означає наявність очевидних проблем у правопорядку з погляду справедливості та забезпечення балансу інтересів²⁷. Рональд Дворкін стверджує, що вирішення судами справ про права людини належить до складних у праві, оскільки тут мовиться про надмірне їх обмеження законом, яке не засновано на достатній правовій підставі²⁸. Це зобов'язує адміністративні суди використовувати доктрину та юридичні позиції КСУ при аргументації своїх рішень, тому що права людини накладають обов'язок захисту й на адміністративні суди.

3.2. Конституційний контроль (перегляд), офіційне тлумачення Конституції та аргументація судових рішень. Після розгляду конституційних скарг ці функції є основними засобами захисту прав людини консти-

туційною юстицією. Абстрактний аналіз конституційності законів наразі є найпоширенішим у діяльності КСУ, але він має поступитися першістю конкретному (казуальному) перегляду, який застосовується при розгляді конституційних скарг. У разі коли суд, який розглядає справу, вбачає, що законодавець, використавши свій розсуд (наприклад, про встановлення виборчої застави), у такий спосіб врегулював певне правовідношення, яке порушує сутнісний зміст права (тут – виборчого права), то він має звернутися до КСУ в порядку інцидентного конституційного перегляду (контролю). Верховний Суд також має активізувати свою позицію і поважати принцип незалежності суду, який просить про звернення до КСУ в порядку інцидентного конституційного перегляду.

3.3. Права людини як конституційні принципи та обов'язок судового захисту: роль конституційної скарги. Прийнято вважати, що права людини мають дуальну природу з точки зору їх нормативності – вони виступають і як норми права, і як принципи права²⁹. Правовий стиль їх викладу в конституційному тексті схиляється до їх формулювання переважно як принципів права.

Права людини є насамперед правомірною вимогою приватної особи, в силу якої у держави на підставі ст. 3 Конституції виникає обов'язок захищати їх, на підставі чого вона здійснює втручання. Критерієм прийнятності конституційних скарг є перевірка відповідності дій держави принципів пропорційності. Цих стандартів наразі доволі нечасто дотримується Конституційний Суд, однак, як свідчить досвід конституційних судів зарубіжних країн, це найбільш надійний критерій визначення прийнятності конституційних скарг, а не дивні звороти на кшталт «суб'єктивна думка заявника», «припущення заявника про неконституційність» тощо. Стаття 2 КАС України, у свою чергу, орієнтує адміністративні суди діяти згідно зі стандартами предметної оцінки доводів позивача.

3.4. Захист прав людини як відтворення правил та стратегія судового рішення. Оскільки права людини піддають сумніву справедливості існуючого правопорядку, то вирішення такого роду спору має стратегічний характер. Стратегія судового рішення полягає у визначенні балансу публічних і приватних інтересів. Це можна простежити на прикладі аргументації рішень КСУ у справах, що стосувалися поміщення особи в психіатричний заклад та застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою осіб, підозрюваних у злочинах проти національної безпеки (Рішення №№ 2-рп/2016 та 7-р/2019). В останній справі необхідно було зважати на баланс не лише між свободою підозрюваних та національною безпекою, а також між свободою підозрюваних і потенційних жертв теракту, чого не зробив КСУ.

3.5. Основні стратегії суддівського розсуду у світлі обов'язку захисту. Тут буде йтися про стратегії нейтральності та активізму. До *стратегії нейтральності* схильні ориджиналісти, які вважають, що при тлумаченні правових норм слід виходити з установлення волі законодавця. З точки зору прав людини це доволі проблемна позиція. Тут кращим варіантом є використання доктрини *Travaux Préparatoires*, до якої тяжіють ориджиналісти для з'ясування різних аспектів запровадження законів та дискусій під час його ухвалення з урахуванням обставин, що змінилися, для застосування відповідних положень законів. За своєю природою права людини є невід'ємними від людської істоти, тому закон може лише визначати рамки втручання держави у приватність, на чому ґрунтується перевірка законів щодо юридичної визначеності, чіткості та передбачуваності правил. На цьому засновується *судовий активізм*, виправданням якого є захист прав людини.

3.6. Природа рішень *ex tunc* та *erga omnes*. Стаття 151² Конституції, говорячи про загальнообов'язковість рішень Конституційного Суду, надає їм характеру *erga omnes*. У такий спосіб забезпечується нормативність Конституції, яка накладає обов'язки на органи публічної влади, зокрема й судової влади. Так само і рішення КСУ з вирішення конституційних скарг мають юридичну силу *erga omnes* щодо невизначеного кола осіб, однак, виходячи із засад юридичної визначеності, не можуть володіти стосовно невизначеного кола осіб зворотною силою (*ex tunc*).

3.7. Природа рішень *ex tunc* та *inter partes*. Однак зовсім інша ситуація з юридичною силою рішень Конституційного Суду з розгляду конституційних скарг між сторонами (*inter partes*), що пов'язано з поновленням порушеного права. Тут мають місце триваючі правовідносини з моменту порушення прав людини, у силу чого у суду виникає обов'язок поновити порушене суб'єктивне публічне право. У цій ситуації сила рішення *ex tunc* накладає на державу позитивний обов'язок поновити суб'єктивне публічне право з моменту його порушення із виплатою справедливої компенсації. Якщо говорити щось інше у цьому випадку, то це буде запереченням сутнісного змісту права – ідея конституційної скарги втрачає свій сенс. Водночас основною перепорою тут є формулювання ст. 152.2 Конституції.

4. Імплементація рішень Конституційного Суду України у практиці адміністративних судів

Як можна забезпечити поновлення порушеного конституційного права; чи може сама конституція розглядатися як засіб заперечення прав, які вона покликана захищати; як у практичній площині має чинити суд, щоб не наражатися на небезпеку свавілля і порушення засад верховенства права?

4.1. Перегляд рішень на підставі актів конституційної юстиції. Дилема формули ст. 152.2 Конституції породжує практику відмови у перегляді остаточних судових рішень (які вже переважно виконані), незважаючи на наявність позитивного рішення КСУ щодо задоволення конституційної скарги. Наприклад Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) в одній зі справ відмовила у перегляді судового рішення за наявності рішення КСУ³⁰. Зокрема, Велика Палата мотивувала свою відмову такими міркуваннями:

1) ВП ВС послалася на сформульовану позицію Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, згідно з якою дія принципу *res judicata* не означає, що існують підстави для перегляду встановленого КСУ неконституційності (конституційності) закону. У такий спосіб Палата стала на позицію захисту

правопорядку, навіть якщо застосування формальних вимог законів, попри їх визнання неконституційними, і далі порушує права людини, гарантовані Конституцією;

2) далі ВП ВС вказала, що підставою для перегляду Палатою є виключна правова проблема, яка має оцінюватися з урахуванням кількісного та якісного вимірів. Насправді тут існувала кардинальна правова проблема, яка полягала в ігноруванні касаційним судом вимоги загальнообов'язковості рішень КСУ. Така ситуація серйозно підриває демократичну легітимність судової влади, що полягає в обґрунтованості судових рішень, які мають виконуватися належним чином, зокрема, забезпечити поновлення порушених конституційних прав;

3) нарешті, Палата вказала, що ніби не означає як виключну правову проблему той факт, що суди насправді не допустили суперечливого та взаємовиключного розуміння і застосування положень законодавства, попри їх визнання КСУ неконституційними. Це доволі дивний умовивід, адже визнання неконституційними положень законів, застосованих в остаточному судовому рішенні, означає їх нікчемність, і ВП ВС наведе належний юридичний аргумент, фактично виправдовуючи свавілля, оскільки така позиція є виправданна відмови у правосудді всупереч гарантіям права на справедливий суд, що встановлені ст. 55 Конституції України.

Тому цей підхід не має нічого спільного з конституційними цілями обмеження свавілля публічної влади та поновлення порушеного конституційного права. Тож тут стисло викладемо міркування щодо того, як суди мають вирішувати питання поновлення порушених прав, що було встановлено КСУ при розгляді конституційної скарги по суті.

Виходячи із голістичного розуміння, конституція є цілісним документом, положення якого є взаємоузгодженими і логічно пов'язаними. Конституція є сукупністю принципів, які мають певну ієрархію, що впливає на її тлумачення. Тому згадане положення не може застосовуватися у такий спосіб, який заперечує сутнісний зміст права на захист при розгляді конституційних скарг. Тобто ст. 3 Конституції надає такого змісту частині другої ст. 152, який накладає обов'язок на органи влади поновити порушені права. Тому поновлення порушеного права не пов'язано власне з датою набрання чинності рішенням Конституційного Суду. Обов'язок захисту полягає у поновленні порушеного права з моменту його порушення. Якщо цілісно тлумачити ст. 3, частину першу ст. 55, частину четверту ст. 55 та ст. 151¹ Конституції, то встановлення неконституційності закону при розгляді конституційних скарг є захист прав людини, що є головним обов'язком держави, зокрема й судів. Водночас при поданні скарги адвокати не мають забувати про клопотання перед КСУ щодо видачі забезпечувального наказу, оскільки виконання остаточного судового рішення може мати непоправимі наслідки. Відмова у перегляді рішень адміністративними судами на підставі рішення КСУ за результатами розгляду конституційної скарги є відмовою у правосудді та запереченням сутнісного змісту права на судовий захист.

4.2. Застосування юридичних позицій Конституційного Суду в аргументації рішень адміністративних судів. КСУ у Рішенні № 11-р/2019 вказав, що «рішення Конституційного Суду України безвідносно до їх юридичної форми, ухвалені з питань його *виключних* конституційних повноважень, не можуть бути оскаржені». У цьому Рішенні висловлені ще деякі думки, які пов'язані із застосуванням юридичних позицій КСУ, що були сформульовані раніше Судом щодо їх загальнообов'язковості й того, що вони мають пряму дію і для набрання чинності не потребують підтверджень з боку будь-яких органів державної влади (Рішення № 15-рп/2000); неприпустимості порушення принципу Конституції і прийняття повторно закону, аналогічного за змістом, визнаного КСУ неконституційним (Рішення № 4-рп/2016).

Згідно із зазначеними юридичними позиціями КСУ адміністративні суди можуть діяти двома шляхами. У разі звернення із заявою особи, конституційна скарга якої була задоволена, адміністративний суд має переглянути остаточне судове рішення на підставі п. 1 частини п'ятої ст. 361 КАС України з урахуванням юридичної позиції, сформульованої КСУ за результатами розгляду конституційної скарги. Якщо при розгляді адміністративним судом за подібних обставин існує потреба у застосуванні положень Конституції, стосовно якої КСУ сформулював юридичні позиції шляхом абстрактного конституційного контролю, надання висновку щодо конституційності чинного міжнародного договору чи при розгляді конституційних скарг, то він має врахувати її, зокрема, шляхом використання її положень для аргументації власного рішення. Якщо ж адміністративний суд не вбачає підстав для застосування у справі юридичної позиції КСУ, то він за аналогією ст. 13 Закону «Про судоустрій і статус суддів» може навести власні міркування, з яких саме правових принципів вирішує спір по суті.

4.3. Досягнення основної мети адміністративної юстиції – захист прав людини від свавілля публічної адміністрації. Предметом захисту є певні матеріальні й духовні блага, захищені юридичними засобами, або охоронювані законом інтереси. На цій основі орган публічної влади набуває підстав для втручання у приватне життя. Втручання держави/публічної влади у приватне життя здійснюється згідно з принципом пропорційності, який застосовується диференційовано, що насамперед пов'язано з природою негативних і позитивних прав та структури позитивних і негативних обов'язків держави, при запровадженні певних заходів, які передбачені в законі, є нагально необхідними задля забезпечення балансу публічних і приватних інтересів, достатніми й доречними у контексті легітимної мети, визначеної в законі (Рішення КСУ № 3-рп/2015).

У світлі означеного речення третє ст. 3.2 Конституції аж ніяк не можна розглядати як якусь декларацію, це є імперативне, основоположне конституційне рішення, яке закладає власне підвалини конституційного порядку в Україні в цілому. Це положення однаковою мірою стосується всіх органів влади і встановлює такі

стандарти для публічної адміністрації, в яких неприпустимі зловживання, встановлення надмірних обмежень у реалізації прав людини та надмірного формалізму. Заінтересованій особі має бути надане право стосовно реалізації належного їй суб'єктивного публічного права³¹.

Висновки. Вирішення судами справ про права людини належить до складних справ, оскільки тут мовиться про надмірне їх обмеження законом, яке не засновано на достатній правовій підставі. Конституційне правосуддя має відношення до практики судів загальної юрисдикції, оскільки найчастіше саме в актах конституційної юстиції дається тлумачення положень конституції. Насправді, пряма дія конституції найчастіше є проблемою її інтерпретації через конкретизацію і деталізацію конституційних приписів.

Це зобов'язує адміністративні суди використовувати доктрину та юридичні позиції Конституційного Суду при аргументації своїх рішень, оскільки права людини накладають обов'язок захисту й на адміністративні суди. При перегляді рішень адміністративних судів на основі рішення КСУ за конституційною скаргою права людини мають бути поновлені шляхом перегляду остаточного рішення адміністративного суду.

Виходячи із цілісного розуміння Конституції, обов'язок захисту державою виникає з моменту порушення її агентом (себто органом) людського права, і святий обов'язок судді поновити таке право в повному обсязі. Для цього в Конституційному Суді існує інститут забезпечувального наказу, а адміністративні суди мають належним чином переглядати свої рішення на підставі рішення Конституційного Суду.

¹ Jaqueline R. Kanovitz. Constitutional Law. 12th ed. LexisNexis 2010. P. 35.

² Alexy Robert. Balancing, constitutional review, and representation. International Journal of Constitutional Law. 2005. No. 3. P. 3.

³ Giovanni Sartori. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. The American Political Science Review. 1962, vol. 4(56). P. 853–864.

⁴ Duverger M. La république des citoyens. Paris: Ramsay, 1982.

⁵ Mark Tushnet. Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Rights. Princeton University Press, 2008.; Alexy Robert. Balancing, constitutional review, and representation. International Journal of Constitutional Law. 2005. No. 3.

⁶ Donald E. Bello Hutt. Against judicial supremacy in constitutional interpretation. Revus [Online], 31 | 2017, Online since 01 June 2019, connection on 01 June 2019. URL: <http://journals.openedition.org/revus/3659>

⁷ Бирмонтене Т., Ярашюнас Э., Спруогнис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. Конституционное правосудие. 2008. № 2(40)–3(41). С. 70–240. С. 71.

⁸ Там само. С. 97.

⁹ Kahn Paul W. The Court, The Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell. Yale L.J. 1987. Vol. 97. P. 1.

¹⁰ Waldron Jeremy. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. Hastings L.J. 1994. Vol. 45. P. 819.

¹¹ Sadurski Wojciech (ed.). Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe. Springer Publishing, 2005. P. 289.

¹² Erwin Chemerinsky. In Defense of Judicial Supremacy, 58 Wm. & Mary L. Rev. 2017. No. 58. P. 1469. URL: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol58/iss5/3>

¹³ R v Secretary of State or the Home Department, Ex Parte Bugdaycay [1987] AC 514, 531.

¹⁴ Alex Gewanter. Has Judicial Review on Substantive Grounds Evolved from Wednesbury towards Proportionality. Exeter L Rev 2017. Vol. 63. P. 63.

¹⁵ Donald E. Bello Hutt. Against judicial supremacy in constitutional interpretation. Revus. 2017. Vol. 31. P. 2.

¹⁶ Савчин Михайло. Порівняльне конституційне право: навч. посібн. Київ: Юрінком Інтер, 2019. 328 с. С. 15.

¹⁷ Alexander M. Bickel. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Bobbs-Merrill Co., 1962. P. 25–26.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Michael Taggart. Proportionality, Deference, Wednesbury. New Zealand Law Review. 2008. № 1–4. P. 448–450.

²⁰ Tsakyrakis, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? I•CON 2009. № 7(3). P. 468–493.

²¹ Савчин М. Основні конституційні критерії обмеження прав людини і основоположних свобод. *Вибори і демократія*. 2008. № 2. С. 21–28.

²² R v Secretary of State for Defence, ex parte Smith and Grady [1996] QB 517, 547.

²³ Lord Steyn. Democracy Through Law. EHRLR (2002) 723, 729.

²⁴ Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd [1999] UKHL 42; [2001] 1 AC 27.

²⁵ Alexy Robert. Balancing, constitutional review, and representation. International Journal of Constitutional Law. 2005. No. 3. P. 575.

²⁶ Erwin Chemerinsky. In Defense of Judicial Supremacy, 58 Wm. & Mary L. Rev. 2017. No. 58. P. 1471 URL: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol58/iss5/3>

²⁷ Донеллі Джек. Права людини у міжнародній політиці. Львів: Кальварія, 2004. 280 с.

²⁸ Дворкин Рональд. О правах всерьез. Москва: РОССПЭН, 2004. 392 с. С. 45–47.

²⁹ Lothar Michael, Martin Morlok. Grundrechte. 6. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2017. P. 51–52.

³⁰ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88739736?>

³¹ Савчин Михайло. Права людини у світлі конституційної реформи. *Український часопис міжнародного права*. Спецвипуск: Міжнародне право і Конституція України. 2015. С. 67–79.

Резюме

Оніщук М.В., Савчин М.В. Пряма дія Конституції та імплементація її положень в адміністративному судочинстві.

Метою статті є розкриття прямої дії Конституції України при здійсненні адміністративного правосуддя шляхом імплементації її положень у судових рішеннях.

Розкрито найвищу юридичну силу Конституції крізь призму компонентів аргументації судових рішень. Проаналізовано пряму дію як компонент нормативності Конституції, зокрема через обов'язок захисту та застосування засад пропорційності, а також співвідношення юридичної сили Конституції та актів Конституційного Суду. Розкрито імплементацію рішень Конституційного Суду в діяльності адміністративних судів. Виходячи з цілісного розуміння Конституції, зроблено висновок, що обов'язок захисту державою виникає з моменту порушення її агентом (себто органом) людського права і головним обов'язком суду є поновлення такого права в повному обсязі.

Ключові слова: верховенство конституції, перегляд судових рішень, права людини, пряма дія конституції, рішення конституційної юстиції, юридична аргументація.

Резюме

Онищук Н.В., Савчин М.В. Прямое действие Конституции и имплементация ее положений в административном судопроизводстве.

Целью статьи является раскрытие прямого действия Конституции Украины при осуществлении административного правосудия путем имплементации ее положений в судебных решениях.

Раскрыта наивысшая юридическая сила Конституции через призму компонентов аргументации судебных решений. Проанализировано прямое действие как компонент нормативности Конституции, в частности посредством обязанности защиты и применения принципов пропорциональности. Раскрыта имплементация решений Конституционного Суда в деятельности административных судов. Выходя из целостного понимания Конституции, сделан вывод о том, что обязанность защиты государством возникает с момента нарушения ее агентом (то есть органом) прав человека и главной обязанностью суда является возобновление данного права в полном объеме.

Ключевые слова: верховенство конституции, пересмотр судебных решений, права человека, прямое действие конституции, решения конституционной юстиции, юридическая аргументация.

Summary

Mykola Onishchuk, Mykhailo Savchyn. Direct effect of the Constitution and implementation of its provisions in administrative justice.

The problem of direct effect of the Constitution is related to the some aspects of the systematics of sources of law in the legal system of Ukraine in the pint of view of comparative law. Today, the processes of convergence in law continue. In the light of such dynamics, there is a multilevel and pluralistic picture of the direct effect of the provisions of the Constitution of Ukraine as a component of its highest legal force. The resolution of human rights cases by courts is a complex case, as it refers to their excessive restriction by law, which is not based on a sufficient legal basis. Constitutional justice is relevant to the practice of courts of general jurisdiction, as it is often in acts of constitutional justice that the provisions of the constitution are interpreted.

The article is the disclosure of the direct action of the Constitution Ukraine in the exercise of administrative justice through the implementation of its provisions in court decisions. The highest legal force of the Constitution is revealed through the lens of the components of the reasoning of court decisions. Direct action has been analyzed as a component of the normative nature of the Constitution, in particular because of the duty to protect of human rights and apply the principles of proportionality, as well as the correlation between the legal force of the Constitution and the acts of the Constitutional Court. The implementation of the decisions of the Constitutional Court in the activity of administrative courts, in particular through the system of reasoning of their decisions, is revealed. Based on a holistic understanding of the Constitution, it is concluded that the duty to protect the state arises from the violation of its human (i.e. body) human right by the agent and the main duty of the court is to restore such right in full.

Key words: decisions of constitutional justice, direct effect of the constitution, human rights, legal reasoning, review of judicial decisions, supremacy of the constitution.

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

**КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕТКИ К ВОПРОСУ О РЕАЛИЗАЦИИ
ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВЛАСТИ**

Постановка проблемы. Реализация политической власти находится в ряду наиболее актуальных проблем властеотношений. Она прямо выходит на практику осуществления, использования, применения тех возможностей, которые заложены в потенции сущности политической власти. От реализации политической власти, способов и методов его практического осуществления зависят судьбы миллионов людей. Поэтому проблема реализации политической власти всегда актуальна, повседневно злободневна и ее рассмотрение и выяснение диктуется практической необходимостью. По существу, весь государственный механизм работает ради реализации политической власти, которая, как подчеркивали классики, не может иметь первенства над экономикой, ибо, потеряв политическую власть, господствующий класс потеряет и возможности реализации своих экономических интересов.

Анализ последних исследований и публикаций. Феномен политической власти, в том числе, вопросы ее реализации, имеет огромный багаж научных знаний 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, Макиавелли, Т. Гоббса, И. А. Ильина, Дж. Локка, Ж.-Ж. Руссо, И. Канта, Й. 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, ее принципов, функций, форм и методов реализации посвящались исследования Г. Атаманчука, С. Авакьяна, В. Аверьянова, И. Гомерова, Л. Кривенко, Л. Мамута, В. Ледяева, М. Орзиха В. Погорилка, В. Селиванова, М. Теплюка, В. Халипова, В. Цветкова, В. Шаповала, А. Ющика и др. Вместе с тем, проблемы функционирования политической власти с точки зрения формирования и реализации в ней интересов всех слоев общества еще не стали предметом глубокого научного исследования. В то же время сложности затянувшегося переходного периода и современные политические, экономические, внешние и внутренние вызовы государственности Украины, для решения которых как никогда необходима компетентная государственная власть, которая будет основываться на учете всего разнообразия интересов общества.

Формулирование цели статьи. Цель настоящей статьи состоит в исследовании теоретических и практических проблем реализации политической власти как зависимости между необходимостью формирования интересов членов государственно организованного общества и возможностями, которые предоставляет им государство как официальный представитель общества.

Изложение основного материала. Обратим внимание на то, что концентрированная публичная власть и воля общества – это не просто несовпадающие понятия, но и часто разные по содержанию социальные явления. Социальное государство взяло обязательство перед человечеством вернуть единство содержания власти и воли общества как важнейшую предпосылку справедливого решения проблемы реализации интересов всех членов общества. Однако на этом пути огромным препятствием стоит монополизация власти. Стремление власти к монополизации – естественное органическое стремление. Концентрация и монополизация власти – залог ее силы и влияния. Собственно, к монополизации стремится не сама власть, а властвующие, чтобы создать для себя возможные приоритеты в реализации интересов. Концентрация власти – прямая предпосылка ее монополизации, т.е. исключительное право принимать окончательные властные решения и распоряжения, преимущества, дающие возможность удовлетворять не только свои интересы, но и распоряжаться интересами подвластных.

Лицемерные формы «фасадной» демократии, скрывающие реальную борьбу реальных интересов, не могут скрыть того факта, что власть находится в руках одних и тех же лиц на протяжении десятилетий. Как же оказывается, что власть, принадлежащая всему народу, концентрируется фактически в одном и том же общественном слое? Власть – прямое отражение форм собственности. Если мы общественную собственность при-

знаем «ничьей», не имеющей настоящего хозяина, то в известной мере и власть оказывается «ничьей». Она не отражает прямого интереса конкретного класса, а поэтому ее может захватить любой авантюрист, проходимец, демагог, заявив, что он и есть подлинный представитель ведущего класса. Важно только, чтобы аппарат власти согласился с этим и признал «вождя» за своего. Масса со своими интересами остается за пределами реального влияния на формирование власти. Власть от имени массы сама себя формирует. И, воспроизводя себя, позволяет максимально полно реализовать интересы тех, кто причастен к осуществлению власти.

Любое общество нуждается в отборе лучших представителей для осуществления власти и управления. Элитные группы необходимы в любой области деятельности, но в сфере социального, государственного управления вопрос упирается еще и в то, как формируется, развивается, обновляется и исчезает так или иначе совокупность лучших – элита. В социологической литературе распространено мнение отвергающее теорию элит. Однако нельзя не заметить, что рациональное зерно в этой теории все же есть, только как и в каждом идеалистическом учении оно неправомерно раздута от односторонности до уровня всеобщего теоретического объяснения организации общества и государства. В основе этой теории лежит давняя аристократическая идея о неспособности народных масс к управлению.

Вместе с тем нельзя не видеть, что организация общественного производства не исключает, а предполагает разделение общественного труда на собственно производственный и управленческий. Связанная с этим проблема субъектов власти и носителей власти означает прежде всего анализ того, как распределяются функции власти между всей массой трудящихся и отдельными ее слоями, группами граждан. Управление характеризует такие особенности публичной власти, которые связаны с выделением для управления особого слоя людей. Осуществление власти поручается управляющим, которые формируют отдельный социальный слой. Исторически в нашей стране система власти и управления формировалась так, что руководство государственными и общественными структурами осуществлялось партийным авангардом – боевым, активным, но малочисленным и больше подготовленным к повседневной организаторской работе, чем к стратегической политике власти.

При этом следует отметить, что проблема номенклатуры актуальна для любого общества. Долго находящиеся у власти партии в условиях буржуазной демократии формируют собственную номенклатуру, воспроизводя ее от выборов до выборов. Поэтому проблемы номенклатуры, как формы реализации политической власти, должны быть в поле зрения социально-политических наук.

Номенклатурным называют способ формирования кадров на руководящие должности и в кадровый резерв, который осуществляется вышестоящими инстанциями по согласованию с партийными органами. Список должностей, решения о замещении которых принимаются таким способом, получил название номенклатуры. Проблема номенклатуры – это по существу проблема содержания власти и управления. Главное в том, чьи интересы выражают субъекты власти, непосредственно осуществляющие власть. В условиях постсоветского управления и властвования номенклатуру заменили клановостью, что еще больше усугубило разрыв между интересами власти и интересами народа.

Конечно, не надо путать бюрократию и номенклатуру. Однако вывод о том, что сам себя воспроизводящий номенклатурно-бюрократический слой объективно не может стать выразителем общегосударственных интересов в системе осуществления власти, схвачен верно и обоснованно.

Неспособность номенклатуры выразить интересы большинства приводит к деформации власти и управления, а, следовательно, к деформации взаимосвязи интересов, власти и управления.

Демократизация всех сфер общественной жизни вынуждает аппарат видоизменять механизм монополизации власти элитным командно-административным слоем. Одним из методов сокращения власти постоянно-го слоя руководителей является внедрение принципа ротации кадров, под которым обычно подразумевается новое назначение человека с сохранением уровня его должности, т.е. должностное вращение по кругу должностей. Преимущества этого принципа часто видят в том, что перемещение кадров по горизонтали способствует преодолению кадровой закостенелости, рутины, местной ограниченности, а также проявлений клановости, кумовства, круговой поруки в кадровой работе. Считается, что с ограничением срока пребывания на руководящей работе может обостриться проблема сохранения талантливых, сформировавшихся и проявивших себя организаторов, что ротация как форма кадровой работы обеспечивает эффективный обмен опытом, улучшает морально-психологический климат, снимая разного рода конфликты, способствует росту квалификации руководящих работников, дает возможность свежим взглядом оценить положение дел на местах.

Однако, как показывает практика государственного управления, ротация не решает проблемы клановости, кумовства, круговой поруки. Скорее наоборот, опираясь на номенклатурную принадлежность, руководители территориальных или ведомственных масштабов будут помогать друг другу перемещаться с должности на должность, а также в обратном направлении, оставаясь постоянно на «плаву» руководящих должностей, и с помощью корпоративного интереса монополизировать власть в конкретном регионе или ведомстве. Можно привести сотни и тысячи примеров, когда руководящие деятели пересаживаются из кресла в кресло, не заботясь о своей профессиональной пригодности в новой должности.

Нет и не может быть такой профессии: руководитель. Разделение труда неизбежно предполагает профессиональные знания в конкретной области деятельности. Именно длительное пребывание на руководящей должности, как правило, приводит к отставанию по уровню знаний в конкретной отрасли, а следовательно, и к несостоятельности в руководстве. Отстав от уровня знаний в конкретной специальности, руководитель превращается в профессионального идеолога, политика, чаще – в демагога, если он не имеет конкретного образования.

Следовательно, ротация кадров не исключает монополизации власти в руках избранной элиты, а делает механизм номенклатурного отбора более тонким, скрытым, позволяющим осуществлять движение кадров по кругу власти, практически не выпуская ее из форм групповой зависимости. Номенклатурный отбор кадров, с использованием ротации, позволяет не только монополизировать власть, но и использовать ее для реализации собственных интересов руководящей элиты.

Предназначение государственной власти – быть инструментом формирования и реализации интересов всех слоев общества. Однако номенклатура, монополизировав власть, превращает ее в инструмент собственного благополучия. Номенклатура – это средство вывести аппарат из-под контроля общества, средство бюрократизации и коррумпированности политического руководства, средство превращения его в орган осуществления власти бюрократии. Номенклатура – это путь к мафии, т.е. к господству группового интереса, не ограниченного и не контролируемого иными социальными группами или обществом в целом. При номенклатурном формировании аппарата власти скрывается связь между тем, как живут люди, и тем, как чиновники государственных учреждений принимают решения, от которых условия жизни людей.

Монополизация власти стала инструментом формирования и реализации интересов не только в сфере политики, но и в сфере экономики. Каждое специализированное ведомство, отвечая только за свою отрасль, монополизировало право принятия решений в конкретной отрасли управления. Государственный аппарат органически сросся с отраслями-монополиями, используя власть для принудительного формирования и реализации интересов.

Монополизация власти в руках аппарата позволяет формировать и реализовать интересы людей не в соответствии с экономическими законами развития общества, а руководствуясь принципами, обеспечивающими существование органов власти, оправдывающими их необходимость.

Власть должна служить инструментом создания предпосылок общественного развития в соответствии с интересами всех членов общества, т.е. господствующего большинства. Для этого необходимо создать условия для властолюбивого интереса самим собой. Прямой путь к этому – корпорации, объединения, кооперативы, т.е. те формы, о которых К. Маркс говорил как об ассоциациях свободного труда¹. При такой организации производства публичная власть не имеет возможности диктовать свою волю производителю.

Власть должна стоять не над коллективом-производителем, а быть средством, инструментом развития самого коллектива. Только при этом условии власть станет инструментом формирования и реализации интересов непосредственного производителя, а, значит, и интересов всех членов общества.

Избавление от номенклатурной системы управления и превращение власти в действенный инструмент формирования и реализации интересов возможны только при создании в обществе многих предпосылок, среди которых важнейшей является господство закона и суда. Эта предпосылка исключает произвол исполнительной власти и делает власть в лице закона и суда мерой правомерного поведения всех субъектов общественных отношений.

Демократия сама по себе, особенно с учетом того, что в ней всегда господствует разобщенность как результат плюрализма интересов, не способна облагородить власть до уровня высших нравственных законов. Поэтому и в условиях демократии между властью и гражданином, государством и обществом, субъектом и объектом управления, всеми участниками общественных отношений должны стоять справедливые закон и суд, которые преодолевают присущую демократии разобщенность и сводят весь плюрализм интересов к равнодействующей закона и суда. Без этих двух институтов демократии при максимальном развитии всех их возможностей власть никогда не станет инструментом общества. Она всегда будет инструментом того управленческого слоя, который отделен от общества и не совпадает с ним в главном – в интересах.

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 определяется 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. Прежде всего следует отметить, что государство, хотя и не является единственной организующей связью классового общества, все же только оно опосредствует общественную публичную власть.

Л.С. Мамут отмечает, что отношение «публичная (общественная) власть – государство» раскрывается в науке с разных сторон. В одних случаях понятия «публичная власть» и «государство» совпадают. В других – публичная власть в облике государственной именуется комитетом по управлению общими делами всего господствующего класса. В третьих – государственные формы характеризуются как практически-идеалистическое выражение социальной власти. В четвертых – особой публичной властью называется специальный аппарат управления и принуждения. В пятых – публичная власть – это управление обществом, сознательно осуществляемое с помощью специфических приемов, централизованное согласование индивидуальных повелений и сообщение всей этой бесконечной массе действий ориентации, целесообразной относительно данной социальной системы².

В теории государства, в политологии и социологической науке распространено мнение, что существенный признак государства состоит в публичной власти, отделенной от народа, от общества. Вместе с тем считается, что появление профессионального слоя управителей еще не создает государственную публичную власть. Такая власть создается тогда, когда государство «...образует свой собственный, обособленный от общества организм». «Существование государственной власти находит свое выражение именно в ее чиновниках, армии, администрации, судьях. Если отвлечься от этого ее физического воплощения, она представляет собой лишь тень, воображение, простое название»³.

Необходимо признать, что любая директивная установка любой общественной организации, влияющая принудительно-обязательно на процесс формирования и реализации интересов членов общества, в целом становится проявлением политической публичной власти. В этом смысле и решения правящих партий, и решения религиозных органов или вождей в теократических государствах следует рассматривать как проявления политической публичной власти. Любая зависимость между процессом формирования и реализации интересов членов общества и возможностями управления этим процессом, исходящими от отдельных органов, не совпадающих со всеми членами общества, является признаком политической публичной власти.

Реальность и формальность государственной публичной власти не могут быть поняты без четкого усвоения содержания государственной и партийной властей. Власть правящей партии всесильна постольку, поскольку она завоевала право формировать и нацеливать на решение конкретных задач государственный аппарат. Следовательно, она завоевала возможность от имени всего общества распоряжаться основным инструментом политической публичной власти, реально влиять на формирование и реализацию интересов членов общества.

Противоречивость данных двух видов интересов естественна и закономерна, во-первых, потому, что право всегда запаздывает с отражением реального бытия в силу определяющего развития последнего; во-вторых, право не может и не должно охватить своей защитой, своим выражением все те социальные интересы, которые претендуют на выражение в праве; в-третьих, в классовом обществе всегда существуют социальные группы, которым не выгодно наполнять право содержанием определенных интересов, особенно общественных (достаточно вспомнить проблему экологии и ведомственного интереса); в-четвертых, государство, формируя право, всегда представляет собой только иллюзорную общность Реального гражданского общества, никогда не охватывая данное общество целиком.

Если эти новые обстоятельства затрагивают интересы всего господствующего класса, то этот класс изменит закон; если же они затрагивают только отдельных лиц, то внутреннее сопротивление этих последних не встретит, конечно, со стороны большинства никакого внимания.

Главнейшим требованием, предпосылкой создания правового государства является исключение в законе возможности произвола, а также личного усмотрения должностных лиц государства. Иначе мы не сможем разорвать не поддающиеся изучению связи покровительства, протекционизма, кумовства, землячества, коррумпированности, отключить провода «телефонного права» и реально воплотить в практику требование – все равны перед законом.

В контексте проблематики реализации политической власти следует обратить внимание на законотворческий процесс и присущий ему сегодня ведомственный подход. Министерства и ведомства работают над законопроектами, получают «добро» от администрации Президента и «передают», «вносят» законопроекты от имени правительства на рассмотрение высшего законодательного органа. Такой подход обеспечивает и гарантирует интересы прежде всего аппарата власти и управления, интересы номенклатуры, всей системы политической публичной власти. Негласный, ведомственный характер подготовки нормативных актов не позволяет учесть разносторонние общественные интересы. Интересы граждан и общества при таком механизме учитываются постольку, поскольку они не «мешают» реализации интересов людей, осуществляющих власть, или поскольку общество осознало необходимость законодательной защиты своих интересов и требует воплотить в законе свою волю, т.е. как результат соотношения социальных сил в политической борьбе. Такой подход не может быть характерным для правового государства, для взаимосвязи интересов общества и власти.

Необходимо не только изменение процедур подготовки проектов законов, но с позиции развития демократизации и гласности всего механизма законотворческого процесса – коренное обновление всего существующего механизма правотворчества.

Развитие демократизации и гласности в законотворческом процессе, направленное на выявление и реализацию взаимосвязи между интересами общества и государственной власти, предполагает, чтобы научные и общественные организации стали полноправными участниками этого процесса, а учет общественного мнения должен быть гарантирован.

В правовом государстве как заслон против авторитарных тенденций, ведущих к беззаконию и режиму личной власти, очень важно проведение в жизнь принципа равенства закона для всех и всех перед законом. На основе этого принципа политические права и свободы должны быть гарантированы каждому гражданину. Мы должны признать, что в обществе живут люди и с иными, чем официальные, политическими взглядами. Общество и государство могут считать их чужеродными, но вместе с тем и признавать право на инакомыслие и охранять его в законных формах как противодействие против политической дискриминации граждан.

Интересы социальных слоев и групп граждан могут выражаться в коллективных формах, через общественные организации, свободные от всякого государственного либо иного политического вмешательства. Правовое государство должно исключить всякую возможность ущемления свободы деятельности организа-

ций как формальных, так и не формальных, если они не запрещены законом. Необходимо обеспечить свободную критику деятельности государства, его органов и должностных лиц. Государство должно взять на себя как принцип выражения интересов общества организацию решительной борьбы с коррупцией, мафией, любой организованной преступностью в любых органах и сферах.

Необходимо учитывать, что общественные интересы как интересы гражданского общества и общегосударственные интересы, далеко не совпадают. Интересы гражданского общества преимущественно определяются необходимостью потребления материальных и духовных благ. А общегосударственные интересы определяются прежде всего поиском условий, возможностей для такого потребления. Огосударствление общественной жизни создает условия для монопольного положения общегосударственного интереса и тем самым суживает возможности формирования и реализации общественных интересов гражданского общества.

Природа общественного интереса в известной степени всегда противоречит содержанию общегосударственного интереса. Ведь содержание общественного интереса состоит в том, что удовлетворение потребностей одного субъекта лежит в пределах необходимых действий или иных возможностей другого, и поэтому первый, чтобы удовлетворить свою потребность, вынужден искать пути к другому. Общественный интерес включает все потребности общества и все возможные способы и средства их удовлетворения.

Сущность же общегосударственного интереса не может охватывать все общество в целом, она ограничена пределами государственно-правового регулирования общественных отношений. Общегосударственный интерес охватывает только ту сферу общественных потребностей, которые государство признает общезначимыми и первоочередными. Поиск возможностей удовлетворения данных потребностей государство ограничивает пределами правового регулирования, а общественный интерес – совокупной необходимостью удовлетворения всех потребностей общества и любых возможностей их удовлетворения.

Политическая власть своим качеством публичности, т.е. обособления от общества такой материальной формы, как аппарат управления, постоянно нуждается в максимальном сосредоточении силы. А это значит, что она вынуждена замыкать на себе как можно большее число возможностей удовлетворения общественных потребностей. Сила реальной власти в том, что от нее зависят форма, способ, средства, число, время и т.п. удовлетворения общественных потребностей, т.е. потребностей прежде всего отдельных членов общества и коллективов. Поэтому проблема огосударствления – не прихоть чиновников и диктаторов, а нужда, средство сохранить определенное качество власти как инструмента формирования и реализации интереса господствующего класса.

Между тем, спутниками централизации управления есть и всегда будут недостатки в финансировании, материально-техническом обеспечении, ценообразовании, учете и отчетности и т.д., а это и является основным «производителем» ведомственности и местничества. Противоречивость интересов здесь возникает между общим и отдельным, спускаясь в конечном итоге к противоречивости между локальным и даже групповыми и индивидуальными интересами, а также общегосударственным интересом. Стимулы и организационные конструкции централизованного управления с неизбежностью приводят к противоречивости интересов, которая выражается в «отчаянной» ведомственности и местническом эгоизме.

Выходит, что в условиях централизации политическая власть через механизм государственного управления постоянно воспроизводит ведомственный интерес, особенно общепромышленного уровня, с которым впоследствии вынуждена бороться. Рыночная экономика «снимает» это противоречие, усиливая ведомственность и местничество до такого уровня, который обеспечивает необходимую для удовлетворения потребностей общества производительность труда и региональную обеспеченность, ведомственность как бы легализуется под контролем государства, но без прямого административного воздействия.

Обратим внимание и на то, что общество не может допустить возвышения частного или группового интереса над своими общими интересами. И поэтому регулирующее воздействие государства на процессы непосредственных отношений производителей должно обеспечиваться постоянно и всесторонне, чтобы стихия рынка не превратилась в перманентную стихию социальных потрясений. Но если регулирующее воздействие государства на общественные процессы не будет носить прямого административного предписания, то останется ли необходимость в организации управления? Может, достаточно будет законодательной деятельности государства и контроля за выполнением правовых предписаний?

Думаем, что общество по своей природе не может удовлетворяться такой простой связью между интересами гражданского общества и политической публичной властью. Существуют и другие виды, направления использования механизма государственного управления в качестве средства выражения и реализации социальных интересов. В данном случае механизм государственного управления выступает посредником между политической властью и социальными интересами, однако с приоритетом трансформации властных принудительных начал к социальным интересам. При таком подходе средоточием, ядром, центром социальной жизни выступает не общество, а политическая публичная власть, как изначальное исходное социальное явление. Власть осмысливает социальные процессы, формирует организацию государственного управления и использует его в качестве средства реализации властного содержания своей политической публичности.

Определив средство, мы должны определить и форму, в которой это средство может выполнить свое назначение. В современных условиях необходимостью является демократическая республика как высшая форма государства. Это положение определяется тем, что демократия представляет собой такую форму политической организации общества, которая основана на признании народа в качестве источника государственной власти, на его праве решать государственные дела и наделении граждан широким кругом

прав и свобод. Сердцевина демократии – народовластие, в основе реализации которого лежит принцип подчинения меньшинства большинству.

Демократия – единственная форма политической организации общества, которая способна максимально дать простор для реализации всего многообразия социальных интересов, а тем самым и для развития человеческих сил как самоцели общественного развития. Это достигается тем, что такие социальные ценности демократии, как конституция, всеобщее избирательное право, законность, представительные учреждения, многопартийность, оппозиция, свобода личности, комплекс гражданских прав и свобод и т.д., входя поэтапно в механизм осуществления политической власти в обществе, способны в максимально возможной степени обеспечить развитие производительных сил и производственных отношений в обществе. Важнейшим достоинством демократии является ее способность, в отличие от своих антиподов – плутократии, охлократии, олигархии, мафии, режима личной власти, военной хунты и других создать политические механизмы реализации социальных интересов всех членов общества.

Однако это вовсе не означает, что демократия – предельно нейтральная политическая организация, которая не представляет собой формы реализации групповых или классовых интересов различных социальных слоев общества. В условиях классового расслоения общества демократия означает лишь форму организации государства, форму, в которой всегда предоставляются соответствующие преимущества, права и возможности прежде всего и главным образом тем, кто относится к господствующему классу. И сегодня, как и в начале прошлого века, особенно актуальны слова классика о том, что «если не издеваться над здравым смыслом и над историей, то ясно, что нельзя говорить о «чистой демократии», пока существуют различные классы, а можно говорить только о классовой демократии». Классовая демократия – это и есть такая политическая организация общества, в которой государственная власть является выразительницей интересов прежде всего господствующего класса. Такой подход применим к любому общественному строю: и буржуазному, и социалистическому.

Нельзя думать, что социализм преодолевает классовое разобщение и противостояние в такой степени, что все общество становится носителем одинаковых интересов. Различие социальных интересов и между классами, и внутри классов – основа политической борьбы в обществе, которая наиболее «удобным» образом разрешается в демократии. Поэтому, когда мы говорим о демократии, то всегда необходимо уточнять: для какого класса. Потому что демократия для олигархического класса существенно отличается по своему содержанию и по возможности реализации конституционных прав и свобод от демократии для простого гражданина. К сожалению, «реальный» социализм, создав тоталитарный режим, извратив необходимым условием существования власти как выразительницы интересов всех слоев общества, использовал демократию как ширму, как формальное прикрытие для воспроизводства административно-командной системы власти и управления. В таком качестве демократия не воспроизводит власть. Она не функционирует со всей атрибутикой своих механизмов и институтов, а только декларируется. Власть употребляет многие свои качества, чтобы держать «в узде» демократию, не давая возможности народу воспользоваться ее реальными потенциями. Однако почему же в новейшее время даже самая однозначная диктатура называет себя демократическим государством, формально воспроизводя отдельные институты демократии? Нет сомнения, что на это оказывают влияние международный авторитет демократии, необходимость приглушить возможности оппозиции внутри страны. Но главная причина все же в другом. Она состоит в том, что демократия составляет потребность в развитии социальных интересов.

Во-первых, интересы господствующего класса или господствующего административного слоя нуждаются в демократии как способе своего воспроизводства. Во-вторых, иные слои и классы общества, являясь носителями социальных интересов, также требуют своего участия в механизме их реализации. В-третьих, любой тоталитарный режим не способен полностью уничтожить гражданское общество, которое в той или иной степени постоянно воспроизводит достаточное разнообразие социальных интересов, требующих демократических форм своей реализации в силу демократической природы гражданского общества. Социальные интересы во всей гамме своего разнообразия, всей, необходимости своего формирования и реализации – основная причина потребности в демократии.

Интерес и демократия в своей взаимосвязи наиболее остро обнажаются при решении проблемы отношения большинства к меньшинству. Если меньшинство лишается возможности открыто, в рамках общепринятых законов, процедур и требований защищать свои интересы, демократия становится формальным оправданием диктатуры. Демократия – это отношение большинства к меньшинству (или наоборот). При единомыслии демократии нет. Положение меньшинства должно быть гарантировано от преследований и репрессий за инакомыслие.

Демократия должна стать не только политической формой реализации социальных интересов и государственной власти, но и реальным принципом организации коллективной деятельности, обеспечивающим активное и равноправное участие в ней всех членов коллектива. При таком подходе каждому гражданину, каждому социальному слою или группе обеспечивается право и реальная возможность открыто выражать свои взгляды, включая и ситуации, когда эти взгляды расходятся с программой правящего большинства.

Что касается оппозиции, следует подчеркнуть, что оппозиция – понятие мирной и только парламентской борьбы, то есть понятие, соответствующее нереволюционной ситуации, понятие, соответствующее отсутствию революции.

Из этого следует, что политическая оппозиция как элемент полной, всесторонней демократии вполне допустима в условиях перестроечных процессов.

Интересу необходим политический «наряд», чтобы предстать «на большой сцене» социальной жизни в форме отдельного и всеобщего. В той мере, в какой интересы предстают как отдельное, они становятся основой политической организации, программы, политических требований. А в той мере, в какой они предстают как всеобщее, они суть претензия на господство в обществе, претензия на государственную власть. До тех пор, пока интерес находится на уровне группового, профессионального или классового обособления, он даже в условиях противостояния государственной власти не представляет для нее реальной угрозы, так как не выражает всеобщих интересов большинства членов общества. И только представившись большинству классов общества как их представитель, интерес определенного класса становится угрозой существующей государственной власти. Задача господствующего интереса помешать интересу класса, борющегося за государственную власть представить себя как выразителя интересов всего общества. Это особенно ярко проявляет себя в условиях буржуазной демократии.

В этих ограничениях нет ничего одиозного или антидемократического. Буржуазное государство не балует коммунистов всеми возможностями демократии, создавая сотни препятствий для практического распространения коммунистических идей в буржуазном обществе, хотя плюрализм мнений и многопартийность – общий принцип буржуазной демократии. В основе многопартийности как средства и способа существования демократии, обеспечивающей реализацию власти, лежит многообразие интересов различных слоев и классов общества.

Необходимо учитывать и то, что неспособность организационных структур и неадекватность применяемых методов управления в существующих институтах власти по отношению к сложности и новизне решаемых общественных задач также могут стать причиной появления политической оппозиции в явной или скрытой форме. Представительная система власти теряет всякий смысл, если в ней не обеспечено представительство интересов различных групп населения в политической форме и не гарантировано отстаивание этих интересов политическими средствами.

Интересы классов и слоев общества, находящиеся постоянно в противоречивом состоянии – главное препятствие для возможности управления обществом через однопартийную систему без оппозиции. Однако и в странах с многопартийной системой часто правящей (и на протяжении многих лет) выступает одна партия. Как же ей удастся выражать интересы всего общества через государственный механизм и демократические институты? Все дело в том, что в системе демократии, где наличествует несколько партий, борющихся за государственную власть, заключена возможность максимального отношения альтернатив, сопоставления и выбора вариантов тех или иных решений. Оппозиционные партии способны мобилизовать своих сторонников на защиту классовых интересов. И это понуждает правящую партию под угрозой потери власти проводить политику и в интересах тех классов, партии которых находятся в оппозиции.

Конечно, необходимость многопартийной политической системы для реализации всех возможностей демократии нельзя связывать с искусственным введением политической оппозиции через «своих», «подставных», новых партий. Многопартийность не может быть введена декретами. Общество должно ее выстрадать в борьбе за демократию.

Другим важнейшим качеством демократии является компетентность. Господство большинства в демократии имеет смысл только тогда, когда решения принимаются компетентно, со знанием дела, обеспечивая их истинность и аргументированность. Общественное мнение может быть заблуждающимся, так как численное большинство – еще не критерий истинности. Демократия предполагает не только принятие решения по большинству, но и участие каждого заинтересованного в выработке и реализации решения, необходимость убедить большинство в его правильности.

Полное самоуправление народа возможно только при полном отказе от государства, от публичной власти, которая является посредником между народом в целом и интересами членов гражданского общества. Интерес общества в целом в лице публичной власти противостоит интересам гражданского общества, поэтому полного самоуправления в классовом обществе достичь невозможно. Общество не может объективно, в силу исторически ограниченного уровня своего развития, перейти к полному самоуправлению. Но общество может и должно обеспечить такие демократические возможности каждому гражданину, при которых он непосредственно влиял бы на процесс управления, в смысле отражения в этом процессе воли и интересов граждан.

Выводы. Реализация политической власти должна основываться на учете всего разнообразия интересов общества. В основе такой реализации должны лежать не политические заявления, декларации, а реальные классовые интересы. Нет сомнения, что господствующий класс под видом общегосударственного будет стараться реализовать свой классовый интерес, используя все возможности политической власти. Но и другие классы не должны пассивно созерцать реализацию политической власти. Борьба за свой интерес, борьба за использование политической власти в своих интересах с неизбежностью вынудит, заставит господствующий класс учитывать интересы всего общества в процессе реализации политической власти.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т.17. С. 346–347.

² Мамут Л. С. Государство в ценностном измерении. Москва: Норма, 1998. 46 с.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 6. С. 287.

Резюме

Сиренко В.Ф. Критичні нотатки до питання про реалізацію політичної влади.

Досліджуються проблеми монополізації політичної влади та її призначення як інструмента формування і реалізації інтересів всіх прошарків суспільства.

На думку автора, відмова від номенклатурної системи управління та перетворення влади на дійовий інструмент формування й реалізації інтересів суспільства можливе тільки при створенні в суспільстві багатьох передумов, серед яких найважливішими є панування закону і суду.

Під кутом зору необхідності забезпечення інтересів суспільства розглядаються проблеми законотворчого процесу. Обґрунтовується необхідність удосконалення процедур підготовки законів з позиції розвитку демократизації і гласності усього механізму законотворчого процесу.

Акцентується на необхідності виключення обмежень свободи діяльності громадських організацій, політичних партій, які не заборонені законом.

Аргументується, що демократія – єдина форма політичної організації суспільства, що здатна максимально створити простір для реалізації різноманітності соціальних інтересів і, тим самим, для розвитку людських сил як самоцілі суспільного розвитку. На думку автора, панування більшості в демократії має сенс тільки тоді, коли рішення приймаються компетентно, із знанням справи, забезпечуючи їх істинність та аргументованість, а також за умови участі кожного заінтересованого у виробленні та реалізації владних рішень.

Ключові слова: політична влада, реалізація політичної влади, державне керування, держава, суспільство, інтерес.

Резюме

Сиренко В.Ф. Критические заметки к вопросу о реализации политической власти.

Исследуются проблемы монополизации политической власти и ее предназначения как инструмента формирования и реализации интересов всех слоев общества.

По мнению автора, избавление от номенклатурной системы управления и превращение власти в действенный инструмент формирования и реализации интересов общества возможны только при создании в обществе многих предпосылок, среди которых важнейшей является господство закона и суда.

Под углом зрения необходимости обеспечения интересов общества рассматриваются проблемы законотворческого процесса. Обосновывается необходимость изменения процедур подготовки проектов законов с позиции развития демократизации и гласности всего механизма законотворческого процесса.

Акцентируется на необходимости исключения ущемления свободы деятельности формальных и не формальных гражданских организаций, если они не запрещены законом.

Аргументируется, что демократия – единственная форма политической организации общества, которая способна максимально дать простор для реализации всего многообразия социальных интересов, а тем самым и для развития человеческих сил как самоцели общественного развития. По мнению автора, господство большинства в демократии имеет смысл только тогда, когда решения принимаются компетентно, со знанием дела, обеспечивая их истинность и аргументированность, а также при условии участия каждого заинтересованного в выработке и реализации властных решений.

Ключевые слова: политическая власть, реализация политической власти, государственное управление, государство, общество, интерес.

Summary

Vitaliy Sirenko. Critical notes on the realization of political power.

It is stressed on the relevance of the problem of the realization of political power, since the functioning of the entire state mechanism is aimed primarily at the realization of political power.

The problems of monopolization of political power and its purpose as a tool for the formation and realization of the interests of all social strata are examined. In the author's opinion, eradicating the nomenclature system of government and turning power into an effective tool for the formation and realization of interests is possible only if many prerequisites are created in society, among which the most important are the rule of law and court.

The problems of the legislative process are considered from the point of view of the need to ensure the interests of society. It is noted that the departmental nature of the preparation of regulations does not allow taking the diverse public interests into account. Such an approach cannot be inherent to a rule-of-law state, to the relationship between the interests of society and power. In the author's opinion, it is necessary not only to change the procedures for preparing draft laws, but also to renew radically the entire existing mechanism of law-making from the standpoint of the development of democratization and publicity of this mechanism.

It is substantiated that in modern social conditions a democratic republic as the highest form of the state is necessary. This provision is determined by the fact that democracy is a form of political organization of society, which is based on recognizing the people as a source of state power, on its right to decide state affairs and on endowing citizens with a wide range of rights and freedoms.

It is argued that democracy is the only form of political organization of society, which is able to maximize the scope for the realization of the entire diversity of social interests, and thereby for the development of human forces as an end in itself for social development. This is achieved by the fact that such social values of democracy as the constitution, universal suffrage, legality, representative and other elected institutions, multi-party system, opposition, personal freedom, a complex of civil rights and freedoms, etc., entering element by element into the mechanism of exercising political power in society, are able to ensure the development of productive forces and productive relations in society to the maximum extent possible. The main advantage of democracy is its ability to create political mechanisms for realizing the social interests of all members of society, in contrast to its antipodes – plutocracy, ochlocracy, oligarchy, etc.

It is noted that the most important quality of democracy is competence. The dominance of the majority in democracy makes sense only when decisions are made competently, with knowledge of the matter, ensuring their truth and argumentation, as well as subject to the participation of everyone concerned in the development and realization of power decisions.

Key words: political power, realization of political power, public administration, state, society, interest.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.80

УДК 342.70+341.0

Т.С. ДОРДУКА

*Тетяна Сергіївна Дордука, студентка магістра-тури Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»**

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ГРОМАДЯН УКРАЇНИ – ТРУДОВИХ МІГРАНТІВ У КРАЇНАХ ЄС

Постановка проблеми. Сьогодні кожен громадян України має реальну можливість виїхати за кордон з метою працевлаштування¹, розраховуючи на захист своїх прав, свобод та інтересів з боку держави України, що гарантується Конституцією України та законами України. І хоча на сьогодні у країнах ЄС прийняті нормативно-правові акти, які становлять певний механізм захисту порушених трудових прав іноземців, не може не хвилювати той факт, що громадяни України не завжди належним чином захищені від свавілля роботодавців та посередників.

З огляду на це, очевидно є необхідність у вдосконаленні означеного механізму та зміни акцентів у питанні захисту прав наших співвітчизників, організації цієї роботи на якісно новому рівні із залученням можливостей провідних правничих об'єднань, їх представництв за кордоном.

Аналіз останніх досліджень. Правовому та адміністративно-правовому статусу особи приділялася достатня увага вчених. Серед тих, хто присвятив свої праці питанню правового статусу, були як зарубіжні, так і вітчизняні науковці: М.Г. Александров, С.С. Алексєєв, М.В. Вітрук, А.М. Колодій, С.О. Комаров, В.М. Корельський, В.В. Ладиченко, Б.М. Лазарев, А.В. Малько, Г.В. Мальцев, М.І. Матузов, А.Ю. Олійник, Н.М. Оніщенко, А.В. Панчишин, В.А. Патюлін, А.В. Поляков, В.Д. Перевалов, М.П. Рабінович, В.М. Селіванова, О.Ф. Скакун, М.С. Строгович, О.В. Сурілов, В.В. Сухонос, І.Є. Фарбер, О.В. Фатхутдінова, Р.О. Халфіна та інші; адміністративно-правового – В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, Н.О. Армаш, Г.В. Атаманчук, О.М. Бандурка, Д.М. Бахрах, Ю.П. Битяк, І.Л. Бородин, М.А. Бояринцева, М.Ю. Віхляєв, І.П. Голосніченко, П.В. Діхтєвський, Є.В. Додін, Ю.М. Дьомін, Р.А. Калюжний, Л.Є. Кисіль, Л.В. Коваль, А.Т. Комзюк, С.І. Мандрик, В.М. Манохін, В.Ф. Опришко, І.М. Пахомов, Г.І. Петров, О.В. Пономарьов, А.О. Селіванов, В.С. Стефанюк, Ю.О. Тихомиров, М.М. Тищенко, В.В. Цветков, Ю.С. Шемчушенко та інші.

Формування мети статті. Метою статті є дослідження поняття «адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів», з'ясування його змісту, напрацювання власного бачення поняття «адміністративно-правовий статус громадянина України – трудового мігранта»; визначення можливих напрямів удосконалення вітчизняного законодавства з урахуванням зарубіжного досвіду.

Виклад основного матеріалу. Проведений нами аналіз наукових джерел свідчить про те, що переважна більшість вчених-адміністративістів основними елементами адміністративно-правового статусу особи вважають права, свободи, охоронювані законом інтереси особи та гарантії їх реалізації, а також обов'язки особи у сфері адміністративних правовідносин, що опосередковують усі види зв'язків між державою та особою².

Правові та організаційні засади державного регулювання зовнішньої трудової міграції та соціального захисту громадян України за кордоном визначені Конституцією України, Законом України «Про зовнішню трудову міграцію»³, іншими актами законодавства⁴, що регулюють відносини у сфері зовнішньої трудової міграції, а також міжнародними договорами України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Так, відповідно до п. 4 ст. 1 вищезгаданого Закону «трудоий мігрант – громадянин України» – це особа, яка здійснювала, здійснює або здійснюватиме оплачувану діяльність у державі перебування, не заборонену законодавством цієї держави.

© Т.С. Дордука, 2020

* *Tetyana Dorduka, student of II year of Master's degree division of the National Technical University of Ukraine "Kyiv Polytechnic Institute named after Igor Sikorsky"*

У програмі гідної праці МОП для України на період 2016–2019 рр. – зауважується, що умови праці українських трудових мігрантів далекі від гідних, є численні випадки несправедливого й неетичного найму, що є причиною для занепокоєння. Згідно з результатами обстеження, лише 38 % українських трудових мігрантів уклали письмовий трудовий договір з іноземними роботодавцями. За даними МОП, 13 % українців готові погодитися принаймні на одну ризиковану пропозицію щодо роботи за кордоном. У кожній десятій українській родині є людина, яка працює за кордоном.

Особливо вразливими до порушень своїх трудових прав є ті громадяни України – трудові мігранти, які працюють домашніми працівниками (18,3 % від загальної кількості трудових мігрантів). Ця категорія українських мігрантів (переважно жінки), як правило, не формалізує свої трудові відносини (у 16,5 відсотках випадків) у письмовій формі⁵.

У спеціальній доповіді Уповноваженого Верховної Ради з прав людини⁶ стосовно стану дотримання та захисту прав громадян України за кордоном було здійснено розподіл трудових мігрантів на 4 категорії:

– I категорія – особи, які мають дозвіл на постійне проживання на території іноземної держави, що одночасно дає право і на безстрокове працевлаштування;

– II категорія – особи, які мають тимчасовий дозвіл на перебування і на працевлаштування;

– III категорія – особи, які на законних підставах тимчасово перебувають на території іноземної держави (на лікуванні, навчанні, з туристичними або приватними цілями) і нелегально працюють;

– IV категорія – особи, які перебувають на території іноземної держави нелегально і нелегально працюють.

Особи, віднесені до I або II категорії, володіють найширшим колом прав, і саме на їх захист спрямовані норми міжнародного права, які містяться в дво- або багатосторонніх угодах, які укладаються Україною.

Доволі складним є правове становище трудових-мігрантів III категорії. По суті, вони є нелегалами у відносинах працевлаштування, і захистити свої трудові права законними способами не можуть, оскільки дозволу на працевлаштування не мають. Разом із тим для іноземців у більшості країн світу встановлюється національний режим, в тому числі і стосовно захисту своїх прав у юрисдикційних органах держави.

Найбільш проблемним є адміністративно-правовий статус трудових мігрантів, які належать до IV категорії, оскільки юридично вони не перебувають на території даної країни, і національний режим (або інший режим, який встановлюється для іноземців) на них не поширюється. Більше того, відповідно до норм міжнародних договорів вони взагалі не мають статусу трудових мігрантів, оскільки Конвенція про правовий статус трудових мігрантів від 14 листопада 2008 р. і Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів від 24 листопада 1977 р. однією із ознак трудових мігрантів виділяють не тільки законність перебування на території відповідної держави, а й законність працевлаштування (що передбачає укладення відповідного трудового договору і отримання дозволу на працевлаштування)⁷.

Якщо звернутись до зарубіжного досвіду, то адміністративно-правове регулювання статусу трудових мігрантів – громадян країн – членів ЄС є виключною прерогативою права ЄС, а не національного законодавства держав-членів. У зв'язку з цим важливу роль для європейського співтовариства відіграють акти Європейського Союзу з питань прав людини у сфері праці. До прикладу, Європейська соціальна хартія (далі – Хартія) у ч. I встановлює права і принципи трудових мігрантів. Кожен повинен мати можливість заробляти собі на життя шляхом вільного вибору професій і занять, право на справедливі й безпечні умови праці, справедливу винагороду, соціальне забезпечення. Громадяни будь-якої держави – учасниці Хартії мають право на будь-яку роботу, що приносить прибуток на території іншої держави – учасниці Хартії на засадах рівності з її громадянами, маючи при цьому право на захист і допомогу для себе та членів своїх сімей тощо.

Також у межах Європейського Союзу було прийнято Хартію основних соціальних прав робітників 1989 р., яка, зокрема, гарантує свободу пересування працівників у межах ЄС, передбачає право на працевлаштування на будь-якій роботі в межах країн ЄС на основі національного режиму місцевих працівників щодо доступу до праці, її умов і соціального захисту; гармонізацію умов проживання в державах-членах ЄС; ліквідацію невизнання дипломів чи еквівалентної професійної кваліфікації; поліпшення умов життя і трудової діяльності працівників-фронтальєрів.

У міжнародних документах використовується переважно термін «трудящий- мігрант», «працівник-мігрант»⁸. Так, відповідно до Конвенції МОП, а саме № 97 і № 143, «працівник-мігрант» – це особа, яка виїжджає з однієї країни до іншої з метою працевлаштування. Обов'язковими ознаками працівника-мігранта у законодавстві ЄС виділяють: наявність громадянства країн – членів ЄС; офіційна робота за наймом у країні перебування.

Аналогічні приписи містить і Європейська конвенція про правовий статус трудових мігрантів⁹.

Пункт 1 ст. 2 ч. I Міжнародної конвенції про захист прав трудящих-мігрантів і членів їх сімей від 18 грудня 1990 р. тлумачить термін «трудящий-мігрант» як особу, яка займатиметься, займається або займалася оплачуваною діяльністю в державі, громадянином якої вона не є, і закріплює такі права трудящих-мігрантів: право на свободу пересування; право на особисту недоторканність; право на гуманне поводження; право на визнання правосуб'єктності; право на об'єднання у профспілки; право на соціальне забезпечення; право на медичну допомогу; право на свободу слова, думки, совісті, релігії (ст. ст. 8–32)¹⁰.

Здійснивши порівняльно-правове дослідження, вважаємо, що адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів характеризується такими основними ознаками, як:

1) це статус громадянина України, який здійснював, здійснює або здійснюватиме оплачувану діяльність у країні ЄС, не заборонену законодавством цієї держави;

2) це статус, який передбачає наділення громадян України – трудових мігрантів певними правами та обов'язками, реалізація яких забезпечується певними гарантіями;

3) надання прав і обов'язків, передбачених статусом, визначається Конституцією України, Законом України «Про зовнішню трудову міграцію», іншими актами законодавства, що регулюють відносини у сфері зовнішньої трудової міграції, законодавством держави перебування – країни ЄС, а також міжнародними договорами України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України;

4) це статус, який реалізується у відносинах з органами публічної адміністрації: органами виконавчої влади України, що забезпечують формування та реалізують державну політику у сфері зовнішньої трудової міграції (Кабінет Міністрів України, центральні органи виконавчої влади і, зокрема, Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері праці, зайнятості населення та трудової міграції; місцеві державні адміністрації); дипломатичними та консульськими установами України у країнах ЄС; органами місцевого самоврядування України; органами публічної адміністрації держави перебування – країни ЄС.

Проблема належного правового впорядкування зовнішньої трудової міграції громадян України залишається для держави однією із найбільш актуальних. Кабінет Міністрів України, на нашу думку, має підготувати реальний план заходів, спрямований на скорочення масштабів нелегальної трудової міграції населення. Здійснюючи свої повноваження, органи державної влади (посадові особи) через свої дипломатичні та консульські установи на території інших держав зобов'язані забезпечити громадянам України – трудовим мігрантам реалізацію права на безкоштовну правову допомогу, права скористатись послугами адвоката, права безперешкодного доступу до консульств чи посольств на території тієї країни ЄС, де вони працюють, а також інших прав та соціальних гарантій, передбачених Законом України «Про зовнішню трудову міграцію».

На нашу думку, одним із важливих напрямів державної політики у сфері захисту прав і свобод громадян України – трудових мігрантів є забезпечення розповсюдження інформації (спеціальні телепередачі, тренінги, Інтернет-сайти, соціальні мережі та інші) щодо існуючої системи міждержавних угод про працевлаштування, законодавства України та країн-реципієнтів у сфері адміністративно-правового статусу трудових мігрантів, регулювання ринку праці загалом, а також можливості отримання допомоги з боку українських дипломатичних установ під час перебування за кордоном.

Також існує необхідність підписання з країнами перебування громадян України – трудових мігрантів двосторонніх угод про їх тимчасове працевлаштування. Відповідні договори вже укладено з Республікою Білорусь, Республікою Молдова, Республікою Польща, Латвійською та Литовською Республіками, Республікою Вірменія, Португальською Республікою, Королівством Іспанія, Російською Федерацією тощо. Підписання таких угод з іншими країнами міжнародного співтовариства, зокрема країнами ЄС, сприятиме вирішенню практичних проблем, з якими громадяни України – трудові мігранти стикаються на практиці. Уряд нашої держави вживає посилені заходи з метою ведення діалогу з відповідними компетентними органами інших країн у напрямі розробки двосторонніх угод з питань праці, зайнятості та соціального забезпечення.

Ліцензування і контроль за діяльністю фірм-вербувальників, а також підвищення інформаційної обізнаності української молоді щодо умов праці та перебування в країнах ЄС значною мірою запобігатимуть загрози нашим громадянам опинитися у безправному становищі за кордоном.

Висновки. Адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів загалом, а також діяльність органів виконавчої влади України – дипломатичних та консульських представництв України щодо забезпечення реалізації й захисту прав та свобод громадян України – трудових мігрантів не були предметом комплексних наукових досліджень. Доведено, що адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів визначається: 1) законодавством України; 2) законодавством держави їх перебування-країни ЄС; 3) нормами міжнародних договорів України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

При цьому законодавство країн ЄС регулює адміністративно-правовий статус трудових мігрантів лише громадян країн – членів ЄС. Відтак, одним із напрямів удосконалення адміністративно-правового регулювання статусу українських трудових мігрантів вбачається активізація процесу укладання уповноваженими на те органами двосторонніх угод із країнами ЄС про працевлаштування та соціальний захист громадян України – трудових мігрантів. Крім цього, необхідно здійснювати постійний моніторинг закордонними дипломатичними та консульськими установами України за реалізацією вже діючих двосторонніх та багатосторонніх угод з метою їх ефективності та вдосконалення механізмів їх реалізації в інтересах громадян України – трудових мігрантів.

Ефективним засобом захисту прав громадян України – трудових мігрантів також вбачається поширення інформації (спеціальні телепередачі, тренінги, Інтернет-сайти, існуючі соціальні мережі та інші канали) щодо існуючої системи міждержавних угод про працевлаштування, законодавства України та країн ЄС у сфері адміністративно-правового статусу трудових мігрантів, процедури звернення, процедури захисту й обміну інформацією з посольствами та консульствами за місцем трудової діяльності.

¹ За офіційними статистичними даними, станом на жовтнем 2020 р. за кордоном працює близько 5 млн українців, із них 80 % потребує захисту від держави України. Танчин І.З. *Соціологія: навч. посіб.* URL: <http://pidruchniki.ws/18800413/sotsiologia/migratsiya> (дата звернення: 6.11.2020).

² Авер'янов В.Б. Принцип верховенства права і реформа українського адміністративного права. *Адвокат*. 2000. 254 с.; Битяк Ю.П. Административное право Украины. Общая часть: учеб. пособ. Харьков: ООО «Одиссей», 1999. 224 с.

³ Закон України «Про зовнішню трудову міграцію». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/761-VIII#Text> (дата звернення: 10.10.2020).

⁴ Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 20.05.2015 р. URL: http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/gu/publish/article?art_id=246581344 (дата звернення: 7.10.2020).

⁵ zn.ua. URL: <https://zn.ua/ukr/WORLD/semero-ukrajintsiv-namahalisja-vjikhati-do-polshchi-po-pidroblenim-dokumentam-.html> (дата звернення: 8.10.2020).

⁶ Спеціальна доповідь Уповноваженого Верховної ради з прав людини : Стан дотримання та захисту прав громадян України за кордоном. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.10.2020).

⁷ Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 7.10.2020); Конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав : Конвенція від 14.11.2008 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua> (дата звернення 07.10.2020 р.); Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів : Конвенція від 24.11.1977 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua> (дата звернення 10.10.2020).

⁸ Качурець Ч.І. Співробітництво України з країнами ЄС та Америки у сфері забезпечення прав мігрантів. *Збірник наукових праць «Гілея»*. 2017. 450 с.

⁹ Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення 7.11.2020); Конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав : Конвенція від 14.11.2008 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua> (дата звернення 7.11.2020); Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів : Конвенція від 24.11.1977 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.11.2020).

¹⁰ Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 7.11.2020).

Резюме

Дордука Т.С. Адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів у країнах ЄС.

Встановлено, що адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів загалом, а також діяльність уповноважених на те органів публічної адміністрації щодо забезпечення реалізації й захисту прав та свобод громадян України – трудових мігрантів не були предметом комплексних наукових досліджень. Доведено, що адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів визначається законодавством України; законодавством держави їх перебування – країни ЄС; нормами міжнародних договорів України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Запропоновано власне бачення поняття «адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів». Акцентовано увагу на можливих напрямках вдосконалення вітчизняного законодавства і практики його застосування у досліджуваній сфері.

Ключові слова: адміністративно-правовий статус, громадяни України – трудові мігранти, країни ЄС, зовнішня трудова міграція, органи публічної адміністрації.

Резюме

Дордука Т.С. Адміністративно-правовий статус громадян України – трудових мігрантів в країнах ЄС.

Установлено, что административно-правовой статус граждан Украины – трудовых мигрантов в общем, а также деятельность уполномоченных на то органов публичной администрации по обеспечению реализации и защиты прав и свобод граждан Украины – трудовых мигрантов не были предметом комплексных научных исследований. Доказано, что административно-правовой статус граждан Украины – трудовых мигрантов определяется законодательством Украины; законодательством государства их пребывания – страны ЕС; нормами международных договоров Украины, согласие на обязательность которых предоставлено Верховной Радой Украины. Предложено собственное видение понятия «административно-правовой статус граждан Украины – трудовых мигрантов». Акцентировано внимание на возможных направлениях совершенствования отечественного законодательства и практики его применения в исследуемой сфере.

Ключевые слова: административно-правовой статус, граждане Украины – трудовые мигранты, страны ЕС, внешняя трудовая миграция, органы публичной администрации.

Summary

Tetyana Dorduka. Administrative and legal status of Ukrainian citizens-labor migrants in EU countries.

It was established that the administrative and legal status of citizens of Ukraine – migrant workers in general, and, in particular, the activities of authorized public administration bodies to ensure the implementation and protection of rights and freedoms of citizens of Ukraine – migrant workers were not the subject of comprehensive research. It is proved that the administrative and legal status of citizens of Ukraine – migrant workers is determined by the legislation of Ukraine; the legislation of their host country – the EU country; norms of international agreements of Ukraine, the binding nature of which was approved by the Verkhovna Rada of Ukraine. The own vision of the concept “administrative and legal status of citizens of Ukraine – labor migrants” is offered.

It is argued that the administrative and legal status of citizens of Ukraine – migrant workers is characterized by such basic features as: 1) it is the status of a citizen of Ukraine who carried out, carries out or will carry out paid activities in the EU, not prohibited by law;

2) it is a status that provides for endowment of citizens of Ukraine – migrant workers with certain rights and responsibilities, the implementation of which is ensured by certain guarantees; 3) the granting of rights and obligations under the status is determined by the Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine “On External Labor Migration”, other legislation governing relations in the field of external labor migration, the legislation of the host EU country, as well as international treaties of Ukraine, consent to the binding nature of which was given by the Verkhovna Rada of Ukraine; 4) it is a status that is implemented in relations with public administration bodies: executive bodies of Ukraine that ensure the formation and implementation of state policy in the field of external labor migration

(Cabinet of Ministers of Ukraine, central executive bodies, and, in particular, the Ministry of Economic Development); trade and agriculture of Ukraine, which ensures the formation and implementation of state policy in the field of labor, employment and labor migration; local state administrations); diplomatic and consular missions of Ukraine in the EU countries; local governments of Ukraine; public administration bodies of the host country-EU.

Emphasis is placed on possible areas of improvement of domestic legislation and practice of its application in the research area.

Key words: administrative and legal status, citizens of Ukraine-labor migrants, EU countries, external labor migration, public administration bodies.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.81

UDC 341.1

YU. MALZAM

*Yuliia Malzam, student of II year of Master's degree division of the National Aviation University**

ESTABLISHMENT OF THE COMMUNITY ACQUIS IN THE FIELD OF PUBLIC HEALTH

Statement of the problem and its relevance. Research on the development of European Public Health standards is aimed at improving the health of the population by contributing to the process of shaping the sphere of Public Health policy and practice. Over the past two centuries, health care has made tremendous strides, most vividly illustrated by the significant reduction in mortality and disability from many infectious diseases. Health measures, such as tobacco control, salt reduction, improved diet and physical activity and the reduction of unsafe alcohol consumption, are among the key actions that can accelerate progress in the fight against non-communicable diseases in Europe and beyond its borders. There is growing evidence that many of these interventions are cost-effective and have long-term benefits for society.

The purpose of this article is to provide the analysis of the Community acquis development and to reveal the goals and strategies of the European Union, its policy on further health challenges.

Analysis of research of publications. The genesis of public health was considered in the works of such scientists as: G.A. Rosen¹, M. McKee, B. Rechel, H. Kluge, T. Tulchinsky². Reports on the application of Directives, regulations and the actual overviews and reports were made my European Journal of Public Health³.

Presentation of the main article. For centuries, people have reported that public association is a key factor in improving the health of the population. Particularly in large cities, hygiene measures have been invited. The first evidence of sanitation was found by archaeologists – water mains and sewers, which were found in ancient Egypt, India, Troy and in the cities of the state Incas. In medieval Europe, the struggle against sanitation solves similar methods. The beginnings of legal regulation of health care can be seen in the creation of an administrative system, which at that time was engaged in disease prevention, inspection of sanitary conditions and health care, which existed almost until the XIX century¹.

For the first time in the acts of primary law of the subjects of European integration, the right to health care was mentioned in Article 69 of the Treaty establishing the European Coal and Capital Society (ECSC), concluded in 1951 by Germany, France, Belgium, the Netherlands, Italy and Luxembourg⁴.

The Lisbon Treaty of 2009 emphasized important health policy, recognizing that “a high level of human health must adhere to and identify and implement all Community policies and activities”. The EU has successfully implemented a comprehensive policy through the Health for Growth Health Strategy and its Action Program (2014–2020) and a collection of secondary legislation. The European Social Fund Plus (ESF +) continues to provide funding for the 2021–2027 trial period⁵.

The Lisbon Treaty entered into force on 1 December 2009 following a lengthy process of negotiation and ratification in all Member States of the European Union (EU). This has led to several changes in the European Community's policy, but in the field of health the existing principle remains: it will continue to be subject to the principles of subsidiarity. This provides rules that allow the Union only to complement national health policies and to act at the levels of common competence formed by activities with the support, coordination or support of the actions of Member States⁶.

The Union shall have competence to support, coordinate or complement the actions of the Member States. At European level, such actions should include the protection and improvement of human health. In defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account the requirements of promoting high levels of employment, ensuring adequate social protection, combating social exclusion and a high level of education, training and protection of human health⁷.

© Yu. Malzam, 2020

* *Юлія Юрїївна Мальзам, студентка магістратури Національного авіаційного університету*

However, there are several innovations in the Treaty that have affected health policy. The role of civil society, represented by the European Parliament, has been significantly strengthened. Parliament and the Council may adopt incentives designed to protect and improve human health, in particular to combat major transboundary disasters, monitoring, early warning and serious transboundary health threats³.

The Treaty clearly introduces an approach to monitoring and evaluation as an integral part of health policy, emphasizing the need for systematic collection and analysis of information on the processes and impacts of public health measures. Having a more robust legal framework will allow the European Commission, in close contact with Member States, to promote initiatives aimed at developing guidelines and indicators, organizing the exchange of best practices and preparing the necessary elements for periodic monitoring and evaluation⁸.

The new provisions will promote and strengthen cooperation between European countries in activities aimed at:

- promoting the development of common indicators to assess results and outcomes;
- establishing a framework for a systematic review of needs; and

– regular monitoring of activities and periodic evaluation of results in the areas of health promotion and disease prevention and control⁹.

The concept of health monitoring and evaluation, introduced more prominently by the EU legal framework, should be used to ensure the implementation of the European Community's commitment to achieving and maintaining a high level of human health protection¹⁰.

Actions to monitor and combat serious cross-border health threats will be promoted at EU level, encouraging cooperation between Member States to improve the complementarity of their health policies. Obviously, the issue of cross-border cooperation is particularly important in relation to infectious diseases. Although the role of the European Center for Disease Prevention and Control (ECDC) is already recognized as valuable at EU level, the Treaty can stimulate action to further enrich approaches to early warning, monitoring and evacuation of surveillance measures, as well as technical and scientific evaluation of prevention and control measures. communities¹¹.

In addition, under the Lisbon Treaty, mental health is specifically mentioned, cooperation between Member States in the field of health is encouraged in cross-border areas, coordination on health issues between Member States is strengthened, including the possibility of establishing guidelines and indicators, organizing the exchange of best practices and preparing periodic monitoring and evaluation, while measures to improve monitoring, early warning and combating serious cross-border threats to health and tobacco and alcohol policy (“incentives”) are also specifically mentioned¹².

The Lisbon Treaty set out three strategic objectives for EU health policy: promoting health – to prevent disease and promote a healthy lifestyle by addressing nutrition, physical activity, alcohol, tobacco and drug use, environmental risks and injuries. Given the aging population, the special health needs of the elderly also need more attention, and more attention has recently been paid to mental health; protecting citizens from health threats – Improving surveillance and preparedness for epidemics and bioterrorism and increasing the ability to respond to new health challenges, such as climate change; supporting dynamic health systems – to help Member States' health systems respond to the challenges of an aging population, the growing expectations of citizens and the mobility of patients and health professionals, and to help Member States make their health systems sustainable.

The establishment of specialized agencies such as the European Medicines Agency (EMA) and the European Center for Disease Prevention and Control (ECDC) has strengthened the EU's commitment to health policy. Health has also benefited from policy areas such as the environment and nutrition, among many others. The entry into force of the REACH framework for the evaluation and registration of chemicals, as well as the establishment of the European Food Safety Authority (EFSA) have also been indicators of multidisciplinary efforts to improve the health of European citizens⁵.

Information and communication technologies improve the entire life cycle of health issues, from prevention to diagnosis and treatment, control and management of health and lifestyle. Digitization of the health sector is part of the EU's Digital Single Market strategy and has enormous potential¹³.

Public health can benefit from a significant increase in the availability of information about how people live their daily lives. However, the same information can also be used to the detriment of public health. Commercial organizations have widely used the achievements of computing power to describe in detail our daily lives and consumption patterns¹⁴.

Thus, it is difficult to overestimate the role of Parliament because it has consistently contributed to the establishment of health policy. He has also actively sought to strengthen and promote health policy through numerous opinions, studies, debates, written declarations and own-initiative reports on a wide range of issues. The Committee on the Environment, Public Health and Food Safety (ENVI) is Parliament's main body on health and is responsible for more than 10% of Parliament's overall legislative activity.

Recently adopted key pieces of legislation include, for example, a new regulation on clinical trials, medical devices and in vitro diagnostic devices, as well as cross-border healthcare, the Tobacco Products Directive and decisions to establish health financing programs¹⁵.

The Lisbon Treaty has become a major development, as the well-being of countries is inextricably linked to health. Indeed, “welfare” becomes a horizontal point (Article 9 of the Treaty on the Functioning of the European Union; TFEU) and the integration of health issues (Article 168 TFEU), both of which state that the European Commission's proposals must always take into account their possible adverse effects on health, and that they should be changed if this is problematic¹⁴.

The EU can adopt health legislation in accordance with the Treaty on the Functioning of the European Union: Article 168 (protection of public health), Article 114 (approximation of laws) and Article 153 (social policy). Areas in which the EU has adopted legislation include: patients' rights to cross-border medical care; pharmaceuticals and medical devices (pharmacovigilance, falsified drugs, clinical trials); serious transboundary health threats; tobacco; organs, blood, tissues and cells.

For example, EU citizens have the right to access health care in any EU country and to receive reimbursement for care abroad in their own country. Directive 2011/24 / EU on patients' rights to cross-border healthcare sets out the conditions under which a patient may travel to another EU country to receive medical care and reimbursement. It covers the cost of health care, as well as prescription and delivery of medicines and medical devices. As health policies and systems become increasingly interlinked, the Directive facilitates access to: information on available medical care in other European countries; healthcare alternatives and / or specialized treatment abroad.

The regulations strike the right balance between maintaining the sustainability of health systems while protecting patients' right to treatment outside their home country. Directive: Creates a network of national contact points; search for available translations of the previous link to provide clear and accurate information on cross-border healthcare. Creates EU rules on the minimum list of elements to be included in a medical prescription accepted from one EU country to another (cross-border prescription). Encourages the further development of European reference networks of medical expertise, the expansion of cooperation between EU countries with additional benefits for the assessment of health and e-health technologies¹⁶.

Drugs, alcohol and tobacco use are lifestyle factors that seriously affect people's health, and combating them is a major issue in health policy. The Tobacco Products Directive (Directive 2014/40 / EC¹⁷; applicable since 2016) and the Tobacco Taxation Directive (Council Directive 2011/64 / EC¹⁸) were important stages in this process. The possible implications of the implementation of the EU Drugs Strategy 2013–2020¹⁹ and the EU Alcohol Strategy 2006–2012 (COM (2006) 0625)²⁰ are subject to discussion and further evaluation.

Conclusions. Thus, the Lisbon Treaty has become a fundamental document for regulating many areas, including health. Consolidate and improve health standards in countries. In general, EU action in the field of health is currently linked to incentives and cooperation measures. The European Commission has an important supporting role to provide guidance and tools to facilitate cooperation and facilitate the effective operation of national systems. The EU is currently facing the following challenges: achieving greater economic efficiency; competitiveness together with security; addressing new global threats, such as antimicrobial resistance; evidence-based policy development; elimination of risk factors for non-communicable diseases and promotion of vaccination. In parallel, a number of sectoral directives have been adopted, which are of a recommendatory nature to member states. The Lisbon Treaty has established the principle of cooperation between countries for further development in the field of health care. The principle of subsidiarity has remained unchanged, meaning that Member States have the right to regulate their own health care, but to listen to the Union's recommendations and guidelines. The pressing issues of employment, social protection, combating social exclusion and protecting human health were mentioned. The treaty also introduced the concept of health surveillance and monitoring in countries, which will allow for a rapid response and improvement of national situations, especially with regard to infectious diseases or viruses. In particular, the Lisbon Treaty will make the decision-making process more efficient, increase democratic accountability through association with the European Parliament and national parliaments, and strengthen external coherence. All these improvements will provide the EU with better protection of the interests of its citizens on a daily basis. New opportunities to address the transboundary effects of energy policy, civil protection and the fight against serious transboundary health threats.

¹ Rosen, G. A History of Public Health, Baltimore / London: The Johns Hopkins University Press, 1993.

² EU Alcohol Strategy 2006–2012 (COM(2006)0625); URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0625&from=EN>

³ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C115, 9 May 2008, TITLE XIV, PUBLIC HEALTH, Article 168 (ex Article 152 TEC) point 5; URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.115.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2008%3A115%3ATOC

⁴ The Treaty establishing the European Coal and Capital Society (ECSC). – URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_026

⁵ European Parliament official website; Public Health; URL: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/49/public-health>

⁶ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C115, 9 May 2008, TITLE XIV, PUBLIC HEALTH, Article 168 (ex Article 152 TEC) point 5; URL: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:EN:HTML>

⁷ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C115, 9 May 2008, TITLE I Categories and Areas of Union Competence, Article 3, point 1; URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.115.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2008%3A115%3ATOC

⁸ Regulation (EC) No 851/2004 of the European Parliament and of the Council establishing ECDC, Title XIV, Public Health, Article 168 (ex Article 152 TEC) point 2. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.115.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2008%3A115%3ATOC

⁹ Regulation (EC) No 851/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 establishing a European centre for disease prevention and control, OJ L 142, 30 April 2004, p. 1; URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32004R0851>

- ¹⁰ Commission of the European Communities (2008), Communication from the Commission to the European Parliament and the Council; com(2008) 741 final; sec(2008) 2792; URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0741>
- ¹¹ Commission of the European Communities (2008), Communication from the Commission to the European Parliament and the Council; com(2008) 741 final; sec(2008) 2792; URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0741>
- ¹² Explaining the Treaty of Lisbon; MEMO/09/531 Brussels, 1 December 2009; URL: https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/MEMO_09_531
- ¹³ European Commission official website; Shaping Europe's digital future; URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en>
- ¹⁴ Health policy and European Union enlargement. European Observatory on Health Systems and Policies Series; Edited by Josep Figueras, Martin McKee, Elias Mossialos and Richard B. Saltman. Open University Press.– 2004; URL: https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0004/98392/E82999.pdf
- ¹⁵ Written expertise for the ENVI Committee; URL: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/envi/supporting-analyses.html> 15. Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare. Official Journal of the European Union L 88/45; URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0024>
- ¹⁴ Health policy and European Union enlargement. European Observatory on Health Systems and Policies Series; Edited by Josep Figueras, Martin McKee, Elias Mossialos and Richard B. Saltman. Open University Press. 2004; URL: https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0004/98392/E82999.pdf
- ¹⁶ Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare. Official Journal of the European Union L 88/45; URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0024>
- ¹⁷ Directive 2014/40/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products and repealing Directive 2001/37/EC. Official Journal of the European Union L 127/1; URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.127.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2014%3A127%3ATOC
- ¹⁸ Council Directive 2011/64/EU of 21 June 2011 on the structure and rates of excise duty applied to manufactured tobacco *OJ L 176, 5.7.2011, p. 24–36* Official Journal of the European Union L 176/24; URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/64/oj>
- ¹⁹ EU's Drug Strategy 2013-2020 Official Journal of European Union; URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:402:FULL&from=EN>
- ²⁰ EU Alcohol Strategy 2006-2012 (COM(2006)0625); URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0625&from=EN>

Резюме

Мальзам Ю.Ю. Становлення *acquis* Європейського союзу у сфері охорони здоров'я.

Необхідно проаналізувати становлення європейських стандартів у сфері охорони здоров'я. Аналіз та вивчення міжнародно-правових документів та наукових робіт, що містять положення про *acquis* ЄС. У статті досліджено розвиток нормативно-правової бази ЄС, основні договори Європейського співтовариства у сфері охорони здоров'я, зміни та поліпшення внесені цими міжнародно-правовими документами. Лісабонський договір став фундаментальним документом для регулювання багатьох сфер, включаючи охорону здоров'я. Консолідував та вдосконалив стандарти охорони здоров'я в країнах європейської зони. Загалом дії ЄС у галузі охорони здоров'я на сьогодні пов'язані із стимулами та заходами співпраці. Розглянуто важливу допоміжну роль Європейської комісії у наданні настанов та інструментів для полегшення співпраці та сприяння ефективному функціонуванню національних систем. Лісабонський договір встановив принцип співпраці між країнами для подальшого розвитку в галузі охорони здоров'я. Принцип субсидіарності залишився незмінним, тобто держави-члени мають право регулювати власну охорону здоров'я, але прислухатися до рекомендацій та вказівок Союзу. Було зазначено нагальні питання зайнятості, соціального захисту, боротьби із соціальною ізоляцією та охорони здоров'я людей. Договір також запровадив концепцію нагляду за здоров'ям та моніторингу в країнах, що дозволить швидко реагувати та покращувати національну ситуацію, особливо щодо інфекційних захворювань чи вірусів. Зокрема, Лісабонський договір зробить процес прийняття рішень більш ефективним, посилить демократичну підзвітність через асоціацію з Європейським парламентом та національними парламентами та зміцнить зовнішню узгодженість. Усі ці вдосконалення забезпечать ЄС щоденний кращий захист інтересів своїх громадян. Нові можливості для вирішення транскордонних наслідків енергетичної політики, цивільного захисту та боротьби з серйозними транскордонними загрозами здоров'ю. У даний час ЄС стикається з такими проблемами: досягнення більшої економічної ефективності; конкурентоспроможність разом із безпекою; вирішення нових глобальних загроз, таких як антимікробна стійкість; розробка політики на основі фактичних даних; усунення факторів ризику незаразних захворювань та сприяння вакцинації. Паралельно було прийнято низку галузевих директив, які мають рекомендаційний характер для держав-членів. Вивчаються цілі та стратегії Європейського Союзу щодо праці у напрямку охорони здоров'я. Проаналізовано політику ЄС щодо подальших викликів у сфері охорони здоров'я. Досліджено розвиток та становлення *acquis* ЄС.

Ключові слова: охорона здоров'я, *acquis* ЄС, договори, Європейський Союз, стандарти.

Резюме

Мальзам Ю.Ю. Становление *acquis* Европейского Союза в сфере здравоохранения.

Необходимо проанализировать становление европейских стандартов в сфере здравоохранения. Анализ и изучение международно-правовых документов и научных работ, содержащих положения о *acquis* ЕС. В статье исследовано развитие нормативно-правовой базы ЕС, основные договоры Европейского сообщества в сфере здравоохранения, изменения и улучшения внесены этими международно-правовыми документами. Изучаются цели и стратегии Европейского Союза по труду в направлении здравоохранения. Проанализированы политику ЕС в отношении дальнейших вызовов в сфере здравоохранения. Исследовано развитие и становление *acquis* ЕС.

Ключевые слова: здравоохранение, *acquis* ЕС, договоры, Европейский Союз, стандарты.

Summary

Yuliia Malzam. Establishment of the Community acquis in the field of health care.

It is necessary to analyze the development of European standards in the field of health care. Analysis and study of international legal documents and scientific papers containing provisions on the EU acquis. The article examines the development of the EU legal framework, the main agreements of the European Community in the field of health, changes and improvements made by these international legal instruments. The goals and strategies of the European Union in the field of health work are being studied. EU policy on further health challenges is analyzed. The development and formation of the EU acquis are studied.

Key words: health care, EU acquis, treaties, European Union, standards.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.82

УДК 341.43

С.О. ОЛЕКСИШИН

*Софія Зіновіївна Олексишин, студентка магістратури юридичного факультету Львівського національного університету ім. І. Франка**

ORCID: 0000 0001 9991 0060

ДОСТУП ДО КОНВЕНЦІЙНИХ ПРАВ ШУКАЧІВ ПРИТУЛКУ: ВИБРАНА ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Інститут притулку та захист прав шукачів притулку – актуальний напрям як для глобального, так і детального дослідження, адже це є як важливою складовою міжнародного права, так і суспільно значущою проблемою. Враховуючи стрімкий розвиток людства у найрізноманітніших сферах, вдосконалення засобів та інструментів, які реально полегшують життя, статистичні дані Агентства ООН у справах біженців свідчать про те, що щохвилини двадцять людей у світі вимушені покидати свій дім у пошуках захисту, а загалом кількість шукачів притулку на кінець 2019 р. сягнула позначки 4 млн 148 тис. осіб¹. Найбільше шукачів притулку перебуває в Туреччині (понад 3 млн осіб), Німеччині та у США. Якщо ж детальніше міркувати про шукачів притулку, то їхня кількість як у Європі, так і у світі загалом протягом останнього десятиліття збільшилася в чотири рази (від понад 920 тис. осіб у 2012 р. до понад 4 млн осіб у 2019 р.). В Європі найбільший «скачок» щодо раптового збільшення їх кількості відбувся у 2015 р. Відтак пошук ефективних шляхів захисту та реалізації прав шукачів притулку у світлі практики ЄСПЛ є одним із можливих і реальних способів для забезпечення таким особам не лише міжнародного захисту, а й доступу до конвенційних прав, що зрештою повинні стати невід’ємними та невідчужуваними для кожного.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Актуальність цієї теми провокує багатогранне та багатоаспектне дослідження, здійснене протягом останніх 20 років численними науковцями в Україні та світі, передусім у контексті міжнародного права та прав людини. Серед українських вчених, які приділяли у своїх працях увагу інституту шукачів притулку варто виокремити таких: М. Гнатівський, В. Гринчак, О. Поєдинок, М. Сірант, І. Софінська², С. Шевчук³ та інші. Важливі дослідження у цій сфері проводяться такими міжнародними інституціями, як Міжнародна організація у справах біженців та Управління Верховного комісара ООН у справах біженців (далі – УВКБ ООН).

Формулювання мети статті. Проблема захисту прав шукачів притулку у сучасному світі займає вагоме місце, оскільки пошук притулку є явищем масовим та територіально поширеним, тому ставимо перед собою мету сформулювати правовий наратив характерних особливостей правового статусу особи як шукача притулку на підставі практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Виклад основного матеріалу. У період глобалізації інститут притулку є важливою складовою міжнародного права, а пошук притулку – явищем дуже поширеним. Попри те, що сьогодні світ характеризується високим рівнем мобільності й у людей з’явилась можливість не обмежувати себе кордонами однієї держави для реалізації своїх прав, свобод та можливостей, все ще існують ті, хто вимушений перетинати кордони не з власного бажання, а через необхідність міжнародного захисту. Останніх загальноприйнято називати шукачами притулку (*asylum-seekers*). Шукач притулку – це особа, яка не є біженцем, однак потребує захисту, оскільки змушена виїхати із держави свого громадянства внаслідок загрози її життю, безпеці чи свободі у зв’язку із побоюваннями застосування щодо неї смертної кари або тортур, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання або загальнопоширеного насильства в ситуаціях міжнародного або внутрішнього збройного конфлікту чи систематичного порушення прав людини і не може чи не бажає повернутися до цієї держави внаслідок зазначених побоювань⁴.

© С.О. Олексишин, 2020

* *Sofiya Oleksyshyn, student of II year of Master's degree division of Lviv National Ivan Franko University*

Термін «притулок» походить від латинського слова «asylum», що має значення «недоторканне місце». На основі цього можна сказати, що надання притулку є забезпеченням недоторканності особи.

Щодо історії виникнення інституту притулку, то варто зауважити, що науковці мають різні підходи до встановлення точки відліку його існування. Якщо одні дослідники стверджують, що він існував ще у стародавні часи, зокрема у таких державах, як Єгипет, Ассирія, Стародавня Персія та на Стародавньому Сході⁵, то інші ж переконані, що початком виникнення інституту притулку була Велика французька революція (1789–1799 рр.), зокрема прийняття Декларації прав людини і громадянина 1789 р., та закріплення відповідного права у Конституції Франції 1973 р.⁶

Спершу інститут притулку формувався на національному рівні і лише згодом почав набувати політичного характеру, а держави стали укладати багатосторонні угоди щодо регулювання відносин з надання притулку. Інститут притулку у його сучасному розумінні прийнято пов'язувати з початком обговорення проблем та пошуком способів її регулювання на рівні міжнародних організацій після Другої світової війни⁷. Як результат, у 1948 р. вперше в універсальному міжнародному акті – Загальній декларації прав людини було закріплено право на притулок (ст. 14)⁸. Крім цього, важливими міжнародно-правовими документами у цій сфері є Декларація ООН «Про територіальний притулок» 1967 р.⁹, Декларація Комітету Міністрів Ради Європи «Про територіальний притулок» 1977 р.¹⁰, Хартія основних прав Європейського Союзу¹¹ та Конвенція ООН про статус біженців 1966 р.¹²

Зазвичай дослідники інституту притулку не приділяють великої уваги Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. (далі – ЄКЗПЛ) чи ЄСПЛ. На перший погляд, це може видатися логічним, адже компетенція Суду обмежується положеннями ЄКЗПЛ, яка, у свою чергу, не передбачає права на притулок.

Та насправді практика ЄСПЛ робить вагомий внесок у сферу регулювання та здійснення права на притулок. Проаналізувавши справи, розглянуті ЄСПЛ, можна виділити декілька прав гарантованих ЄКЗПЛ, які дуже тісно взаємопов'язані із правом особи на притулок.

Стаття 2 ЄКЗПЛ передбачає право на життя, а ст. 3 ЄКЗПЛ – заборону катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання¹³. Це право є абсолютним, тобто не передбачає будь-яких винятків з правила. Відтак, у зв'язку з правом на притулок це означає, що шукача притулку не може бути видворено до держави, де навіть потенційно може бути порушено його право на життя чи заборону катування.

У справі «Суфі та Елмі проти Об'єднаного Королівства» 2011 р. ЄСПЛ, враховуючи такі фактичні обставини справи, як бомбардування та збройні напади, дійшов висновку, що у столиці Могадішо рівень насильства досягав тієї межі, щоб вважати його таким, що порушує ст. 3 ЄКЗПЛ. А тому встановив, що видворення заявників Суфі та Елмі до Сомалі становитиме порушення ЄКЗПЛ через тамтешню «гуманітарну кризу» та «невибіркове насильство»¹⁴.

Цікаво, що у справі «Сааді проти Італії» 2008 р. Суд наголосив, що навіть якщо певного часу у заявника була небезпечна чи небажана поведінка, то це не може стати на заваді дотримання державою прав, гарантованих ЄКЗПЛ¹⁵.

На цій же основі заборонене і «непряме видворення», що означає видворення у країну, звідки шукач притулку може бути депортованим без належної оцінки його становища. Підтвердження знаходимо у справі «М.С.С. проти Бельгії та Греції» 2011 р., у якій Суд висловив наступну позицію: «Якщо у конкретній державі-члені ЄС недостатньо розроблена процедура надання притулку та не надаються ефективні гарантії від незаконного видворення, то інші держави-члени повинні утримуватися від повернення шукачів притулку до такої країни на підставі положень Дублінського регламенту». А в результаті розгляду цієї справи Греція та Бельгія були зобов'язані виплатити заявнику сумарно понад 25 тисяч євро¹⁶.

Ще однією показовою справою у сфері притулку є «Гебремедін проти Франції» 2007 р. І вона підтверджує, що у випадку, коли групу осіб було перехоплено в морі (те ж само застосовується до сухопутних кордонів), а їх депортація до країни походження несе загрозу конвенційним правам, то таким особам необхідно надати можливість звернутися з проханням про надання їм притулку^{17,18}.

Рішення у справі «Серінг проти Об'єднаного Королівства» 1989 р. вказує на те, що для встановлення порушення заборони тортур (ст. 3) необхідно, щоб воно досягло мінімального рівня жорстокості¹⁹. У справі «Ірландія проти Об'єднаного Королівства» встановлено такі критерії, як вік, стать та фізичний стан заявника, які необхідно враховувати для визначення рівня жорстокості. Усіх їх оцінюють у сукупності, а також індивідуально щодо кожного заявника та конкретної справи²⁰.

Щодо заборони видворення особи у зв'язку з потенційною загрозою жорстокого поводження, то воно має бути «реальним», «передбачуваним» і «особистим». У цьому випадку обов'язок доказування лежить на шукачу притулку. Зі справи «Сінгх та інші проти Бельгії» 2012 р. слідує, що з метою доказування у ЄСПЛ заявник може посилатися на докази про катування у минулому, отримання статусу біженця з цих же підстав в іншій державі, або ж посилаючись на звіт Верховного Комісара ООН у справах біженців²¹.

Попри те, що загроза такого поводження має бути особистою, у справі «Салах Шеєх проти Нідерландів» 2007 р. ЄСПЛ вказав на те, що можна посилатися і на докази системного переслідування осіб такої ж групи, як і заявник. Згідно з обставинами цієї справи ополчення переслідувало клан, до якого належав заявник та його рідні. Внаслідок цих переслідувань батька та сестру Салах Шеєха було вбито, а самому заявнику було заподіяно серйозних травм. Так, особи, які належали до клану Ашфар, були визнані такими, що можуть

піддаватися жорстокому поводженню у Сомалі, а тому приналежності до клану достатньо для необхідності міжнародного захисту²².

Згідно з рішенням у справі «Суфі та Елмі проти Об'єднаного Королівства» 2011 р. важливо враховувати чи в країні призначення панує ситуація загального насильства²³. За наявності таких обставин висилка особи до такого місця свідчитиме про загрозу жорстокого поводження.

У справах «М.С.С. проти Бельгії та Греції» 2011 р.²⁴ та «Суфі та Елмі проти Об'єднаного Королівства» 2011 р.²⁵ Суд встановив, що до порушення ст. 3 може призвести і видворення шукача притулку до країни крайньої бідності чи позбавленої можливості забезпечити елементарні людські потреби (житло, наявність каналізації тощо). ЄСПЛ вважає ці обставини такими, що досягають мінімального рівня жорстокості. Обов'язок надання доказів таких обставин знову ж таки покладається на заявника.

Одним із засобів забезпечення прав шукачів притулку є вимога держави, яка має намір видворити особу, гарантій від держави призначення. Остання в такому разі повинна гарантувати безпеку особі і утриматись від порушення її конвенційних прав. Однак наявність таких гарантій Суд не розглядає як безумовний спосіб захисту прав шукача притулку, попри те, що ризики можуть знизитись, але це не є безумовною гарантією безпеки особи.

Світовій практиці відомі випадки, коли пропонувалося переміщення особи в більш безпечний регіон країни призначення. У таких випадках, зокрема у справі «Отман (Абу Катада) проти Об'єднаного Королівства» 2012 р., Суд наголошує на необхідності детальної оцінки ситуації, в тому числі, чи потрібно буде особі перетинати пропускні пункти, де їй може загрожувати небезпека, чи зможе вона добратися до місця призначення тощо²⁶.

Заявник, що є шукачем притулку, має особливий статус, адже належить до вразливої групи, а тому держава повинна зважено приймати рішення про можливе видворення таких осіб. Для прикладу, у справі «Рахімі проти Греції» 2011 р. Суд встановив, що неповнолітній родом з Афганістану шукач притулку в Греції, будучи позбавленим батьківського супроводу. Спочатку Греція утримувала п'ятнадцятирічного хлопця у неналежних умовах, а після його звільнення взагалі відмовилась від піклування. Як наслідок, упродовж кількох днів він був безпритульним. У своєму рішенні ЄСПЛ дійшов висновку, що таке поводження принижує гідність і відповідно є порушенням ст. 3 Конвенції²⁷.

У ще одній справі «М.С.С. проти Бельгії та Греції», що теж має стосунок до Греції, було визнано порушення ст. 3, оскільки держава не забезпечила шукачеві належних умов в період процедури надання притулку. ЄСПЛ врахував відсутність належних санітарних умов у місці утримання, потім упродовж тривалого часу заявник жив у парку у стані крайньої бідності, а крім того, перебував у постійному страху зазнати нападу чи бути пограбованим²⁸.

Справа «Таракел проти Швейцарії», що стосується чоловіка, дружини та їх шести неповнолітніх дітей, які повинні були бути видворені до Італії, звідки вони раніше прибули до Швейцарії. Суд вказав на те, що умови притулку в Італії, порівняно з обставинами справи «М.С.С. проти Бельгії та Греції», не можна вважати такими, що не дозволяють б видворення. Однак, зважаючи на те, що ЄСПЛ бере до уваги індивідуальні особливості кожної окремої справи, він дійшов висновку, що Швейцарія повинна була переконатись у тому, що в Італії сім'я не буде розлучена, а зважаючи на наявність немовлят – і у тому, що умови будуть придатні не лише для дорослих, а й для дітей такого віку²⁹.

Відтак, у контексті пошуку притулку ст. 3 можна трактувати як таку, що зобов'язує держави, в межах яких перебувають шукачі притулку, забезпечити їх житлом та гідними умовами існування, якщо останні потребують такої допомоги.

Статті 5 та 6 Конвенції передбачають право на свободу та особисту недоторканність і на справедливий суд відповідно. Незаконне затримання чи позбавлення волі заявника або розгляд його справи несправедливим судом буде порушенням цих гарантій. Водночас практика ЄСПЛ, зокрема у справі «Отман (Абу Катада) проти Об'єднаного Королівства», свідчить про те, що утримання під вартою упродовж п'ятдесяти днів є не надто тривалим, щоб вважати таке порушення права на свободу та особисту недоторканність. Однак наявність доказів тортур під час судового розгляду є достатнім для ствердження про порушення права на справедливий суд³⁰.

Пункт 1f ст. 5 Конвенції встановлює, що особу може бути позбавлено свободи (законний арешт чи затримання особи) з метою запобігання недозволеному в'їзду в країну чи депортації або екстрадиції. У справі «Чahal проти Об'єднаного Королівства» Суд зауважує, що у випадках, коли йдеться про законність затримання, в тому числі при розгляді питання, чи був дотриманий порядок, встановлений законом, Конвенція вказує передусім на обов'язковість дотримання норм матеріального та процесуального права, але окрім того вимагає, щоб будь-яке позбавлення свободи особи в цілях ст. 5 було захищеним від свавілля³¹.

Ще одну позицію з цього приводу Суд висловлює у справі «Міколенко проти Естонії». Відсутність реальної перспективи висилки і ухилення національних органів від проведення розгляду з належною ретельністю свідчать про те, що затримання більше не може вважатися законним³².

Пункт 2 ст. 5 передбачає обов'язок проінформувати заарештованих шукачів притулку про підстави арешту і обвинувачення, а п. 4 гарантує їм право доступу до суду, який може встановити законність тримання під вартою та прийняти рішення про звільнення³³. Питання щодо дотримання цих гарантій Суд розглядає індивідуально, враховуючи обставини конкретної справи.

Стаття 13 передбачає право на ефективний засіб юридичного захисту. Вона не є автономною, а це означає, що шукач притулку може заявити про її порушення лише у сукупності з іншою статтею Конвенції. Це

положення передбачає можливість ефективного юридичного захисту права, яке було порушене. До прикладу, заявник може звернутись до ЄСПЛ про стверджуване порушення ст. 13 у сукупності зі ст. 2 чи ст. 3. У справі «М.С.С. проти Бельгії та Греції» Суд наголошує на практичній складовій реалізації цього права: «Важливо, щоб право на судовий захист у розумінні статті 13 ЄКПЛ було гарантоване не тільки законом, але й також надавалось на практиці у випадках, коли особа стверджує, що компетентні органи порушили або можуть порушувати права, гарантовані ЄКПЛ. Право на ефективний засіб правового захисту має бути гарантовано кожному, хто бажає оскаржити наказ про видворення або вислання. Воно повинно передбачати можливість призупинення виконання наказу про вислання, принаймні у випадках, в яких стверджується порушення статей 2 або 3 ЄКПЛ»³⁴.

І, нарешті, у справі «Де Соуза Рібейро проти Франції» ЄСПЛ стверджує, що швидкий доступ до засобів хоча і є надзвичайно важливим, але це не повинно бути перешкодою для його виконання, тобто швидкість не може мати пріоритету над практичною ефективністю³⁵.

Висновки. Для більшості людей отримання притулку може бути останньою спробою врятуватися від реальних переслідувань чи нелюдського поводження у країні походження (громадянства та/чи постійного проживання), адже незважаючи на перманентну демократизацію суспільства та збільшення кількості громадських рухів, що стають на захист прав людини, значна частина населення все ще потерпає від таких проблем. Саме тому належне врегулювання відносин із надання та отримання притулку, гарантування кожній особі основоположних прав може покращити ситуацію у цій сфері. На шляху до цього одним із важливих міжнародно-правових інструментів є ЄКЗПЛ та звернення за захистом свого порушеного права до ЄСПЛ. Хоча розгляд справ щодо притулку не належить безпосередньо до компетенції Суду, право на життя, заборону катування, право на свободу та недоторканність часто є нерозривними з можливістю кожної особи реалізувати своє право на міжнародних захист. І, як свідчить практика ЄСПЛ, звернення за захистом свого конвенційного права може стати ефективним засобом у реалізації права на притулок.

¹ Детальніше дивитися тут: Refugee Data Finder. URL: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>

² Софінська І. Філософсько-правова візія доктрини громадянства: монографія. Львів: Вид-во «Каменярь», 2018. 346 с.

³ Шевчук С. Судовий захист прав людини. Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. 2-ге вид., випр. і доп. Київ: Реферат, 2007. С. 671.

⁴ Софінська І. Філософсько-правова візія доктрини громадянства: монографія. Львів: Вид-во «Каменярь», 2018. 346 с.

⁵ История политических и правовых учений: учебник / под ред. В.С. Нерсисянца. Москва: Юрид. лит., 1988. 816 с. С. 498.

⁶ How to Be French: Nationality in the Making since 1789 by P. Weil (Author), C. Porter (Translator). Duke University Press: Durham and London, 2008. 438 p.

⁷ Міжнародне: основні галузі: підручник для студ. вищ. навч. закл., що навч. за спец. «Міжнародне право», «Міжнародні відносини» / ред. В.Г. Буткевич. Київ: Либідь, 2004. 814 с. С. 190.

⁸ Загальна декларація прав людини, 10.12.1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text

⁹ Про територіальний притулок: декларація ООН від 14.12.1967 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_316#Text

¹⁰ Про територіальний притулок: декларація Комітету Міністрів Ради Європи 1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_806#Text

¹¹ Хартія основних прав Європейського Союзу від 7.12.2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text

¹² Про статус біженців: конвенція ООН від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_011#Text

¹³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

¹⁴ Рішення ЄСПЛ у справі «Суфі та Елмі проти Об'єднаного Королівства (Sufi and Elmi v. the United Kingdom)», 8319/07 і 11449/07 від 28.06.2011 р.

¹⁵ Рішення ЄСПЛ у справі «Сааді проти Італії (Saadi v. Italy) [GC]», 37201/06, ЄСПЛ 2008 р.

¹⁶ Рішення ЄСПЛ у справі «М.С.С. проти Бельгії та Греції (M.S.S. v. Belgium and Greece) [GC]», 30696/09, ЄСПЛ 2011 р.

¹⁷ Рішення ЄСПЛ у справі «Гебремедін проти Франції (Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France)», 25389/05, ЄСПЛ 2007-ІІ.

¹⁸ Рішення ЄСПЛ у справі «Хірсі Джамаа та інші проти Італії (Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC])», 27765/09, ЄСПЛ 2012 р.

¹⁹ Рішення ЄСПЛ у справі «Серінг проти Об'єднаного Королівства (Soering v. the United Kingdom)», 14038/88 від 7.07.1989 р., серія А No 161, § 100.

²⁰ Рішення ЄСПЛ у справі «Ірландія проти Об'єднаного Королівства (Ireland v. the United Kingdom)», 5310/71 від 18.01.1978 р., серія А No 25.

²¹ Рішення ЄСПЛ у справі «Сінгх та інші проти Бельгії (Singh and Others v. Belgium)», 33210/11 від 2.10.2012 р.

²² Рішення ЄСПЛ у справі «Салах Шеєх проти Нідерландів (Salah Sheekh v. The Netherlands)», 1948/04 від 11.01.2007 р.

²³ Рішення ЄСПЛ у справі «Суфі та Елмі проти Об'єднаного Королівства (Sufi and Elmi v. United Kingdom)», 8319/07 та 11449/07 від 28.06.2011 р., п. 216.

²⁴ Рішення ЄСПЛ у справі «М.С.С. проти Бельгії та Греції (M.S.S. v. Belgium and Greece [GC])», 30696/09, ЄСПЛ 2011 р.

²⁵ Рішення ЄСПЛ у справі «Суфі та Елмі проти Об'єднаного Королівства (Sufi and Elmi v. the United Kingdom)», 8319/07 і 11449/07 від 28.06.2011 р.

²⁶ Рішення ЄСПЛ у справі «Отман (Абу Катада) проти Об'єднаного Королівства (Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom)», 8139/09, ЄСПЛ 2012 р. (витяги).

²⁷ Рішення ЄСПЛ у справі «Рахімі проти Греції (Rahimi v. Greece)», 8687/08 від 5.04.2011 р.

²⁸ Рішення ЄСПЛ у справі «М.С.С. проти Бельгії та Греції (M.S.S. v. Belgium and Greece [GC])», 30696/09, ЄСПЛ 2011 р.

²⁹ Рішення ЄСПЛ у справі «Таракхел проти Швейцарії (Tarakhel v. Switzerland [GC])», 29217/12, ЄСПЛ 2014 р. (витяги).

³⁰ Рішення ЄСПЛ у справі «Отман (Абу Катада) проти Об'єднаного Королівства (Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom)», 8139/09, ЄСПЛ 2012 р. (витяги).

³¹ Рішення ЄСПЛ у справі «Шагал проти Об'єднаного Королівства (Chahal v. the United Kingdom)», 22414/93, 15 листопада 1996 р., «Звіти при висновки та рішення суду» 1996-V.

³² Рішення ЄСПЛ у справі «Міколенко проти Естонії (Mikolenko v. Estonia)», 10664/05 від 8.10. 2009 р.

³³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

³⁴ Рішення ЄСПЛ у справі «М.С.С. проти Бельгії та Греції» (M.S.S. v. Belgium and Greece [GC]), 30696/09, ЄСПЛ 2011 р.

³⁵ Рішення ЄСПЛ у справі «Де Соуза Рібейро проти Франції» (De Souza Ribeiro v. France [GC]), 22689/07, ЄСПЛ 2012 р.

Резюме

Олексішин С.З. Доступ до конвенційних прав шукачів притулку: вибрана практика Європейського суду з прав людини.

У статті йдеться про доступ до конвенційних прав (гарантованих Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р.) шукачів притулку, специфічної категорії осіб, які не є біженцями, однак потребують захисту. Сформувавши правовий наратив характерних особливостей правового статусу особи як шукача притулку на підставі вибраної практики Європейського суду з прав людини, варто зауважити, що основним є те, що внаслідок побоювань така особа не може чи не бажає повернутися до держави походження (громадянства та/чи постійного проживання). Розповсюдження COVID-19 протягом 2020 р. спровокувало призупинення міграційних потоків, у т.ч. шукачів притулку, однак це зовсім не означає, що у них зникло побоювання за власне життя.

Ключові слова: шукачі притулку, право притулку, інститут притулку, біженці, Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод.

Резюме

Олексішин С.З. Доступ к конвенционным правам искателей приюта: выбранная практика Европейского суда по правам человека.

В статье речь идет о доступе к конвенционным правам (гарантированным Конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 г.) искателей убежища, специфической категории лиц, которые не являются беженцами, однако нуждаются в защите. Сформулировав правовой нарратив характерных особенностей правового статуса личности как искателя убежища на основании выбранной практики Европейского суда по правам человека, стоит отметить, что основным является то, что вследствие опасений такое лицо не может или не желает вернуться в государство происхождения (гражданства и/или постоянного проживания). Распространение COVID-19 в течение 2020 г. спровоцировало приостановления миграционных потоков, в т.ч. искателей убежища, однако это вовсе не означает, что у них исчезло опасение за собственную жизнь.

Ключевые слова: искатели убежища, право убежища, институт убежища, беженцы, Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

Summary

Sofiya Oleksyshyn. Access to the Convention Rights of Asylum Seekers: Selected Case Law of the European Court of Human Rights.

In this article, the author merely writes about the access to the human rights (guaranteed by the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, better known as the European Convention on Human Rights) of asylum seekers, a specific category of persons who are not refugees but in need of protection. The legal narrative of the characteristics of a person's legal status being an asylum seeker is formulated based on the selected case law of the European Court of Human Rights. Therefore, it is obvious that the essential condition is related to such a person's fears not to return to the country of origin (citizenship and/or permanent residence). The spread of COVID-19 during 2020 provoked the suspension of migration flows, including asylum seekers, however, does not mean that they have lost their fear for their lives.

The scholars who are studying the institution of asylum generally do not pay much attention to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 or the ECtHR. But in reality, the case law of the European Court of Human Rights makes a significant contribution to the regulation and exercise of the right to asylum. After analyzing the cases considered by the ECtHR, it is possible to identify several rights guaranteed by the ECHR, which are very closely related to the right of a person to asylum.

The following cases are taken as a basis for research: Sufi and Elmi v. the United Kingdom, Saadi v. Italy, M.S.S. v. Belgium and Greece, Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, Tarakhel v. Switzerland, etc.

The institution of asylum and the protection of the rights of asylum seekers is an important area for global and detailed research, as it is an important component of international law and a socially significant issue.

Asylum seekers are people who need protection because they are forced to leave the country of his or her nationality because of a threat to life or violation of other rights.

The link between such conventional rights as the right to life, prohibition of slavery and forced labor, right to liberty and security, right to a fair trial, right to an effective remedy with the right to asylum is analyzed. With the help of examples of Court decisions, it is demonstrated that recourse to the ECHR to protect one of the convention rights can be an effective means of realizing the right to asylum.

Key words: asylum seekers, asylum law, asylum institution, refugees, European Court of Human Rights, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

О.В. ІЛЬНИЦЬКИЙ

Олег Володимирович Ільницький, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді

**РЕЦЕНЗІЯ
НА МОНОГРАФІЮ Н.Б. ПИСАРЕНКО
«ЗАСАДИ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА
(СУЧАСНИЙ УКРАЇНСЬКИЙ КОНТЕКСТ)»***

Динамічність суспільних відносин дає змогу із впевненістю стверджувати, що нині жоден правовий інститут не здатен залишатися статично стабільним. Для виконання правом свого призначення соціального регулятора воно повинно бути чутливо-сприйнятливим до змінених умов, в яких опиняється суспільство сьогодні, – діджиталізації, глобалізації, відкритості та космополітизму. Часовий і світоглядний злам впливає на сформовані протягом тривалого часу соціальної історії уявлення та підходи до низки сфер людських взаємин, змушуючи заново критично їх переосмислювати крізь фільтри нового розуміння прав людини та призначення держави і апарату управління, які істотно еволюціонували протягом останніх 20–25 років під впливом технологічного стрибка, що сформував новітній світогляд покоління «міленіалів». У зв'язку із цим призначенням фундаментальної правової доктрини є звернення до сутнісних категорій правового регулювання та функціонування державно-правових інституцій, які повинні забезпечити їхню відповідність онтологічним гуманістичним основам існування людства, що сформували уявлення про універсальні цінності та здобутки під впливом цивілізаційного поступу. Тривалий час цю функцію у механізмі нормативно-правового регулювання виконували принципи права. Але на сьогодні навіть вони піддаються трансформаціям, що підтверджує актуальність формування певних «панідей», «суперпринципів», похідних від сформованої цивілізацією аксіологічної концепції.

Беззаперечним є те, що в демократичному державному устрої цінність людини та її прав, свобод та інтересів є вихідною точкою функціонування апарату управління. Судова влада є важливим елементом системи їх забезпечення від посягань з боку індивідів, держави чи інших формально та фактично домінуючих соціальних утворень і надбудов. Саме тому забезпеченню належного рівня функціонування судової системи відводиться ключове місце в організації механізму держави, що знаходить своє відображення у високого рівня формалізації норм-гарантій на рівні актів міждержавної співпраці через загальні зобов'язання або ж конституційно-правові приписи. У цих умовах зміни підходів до організації та діяльності судових органів є чутливою матерією, яка, з одного боку, повинна відповідати заявленій вище концепції сприйнятливості новим соціальним умовам, а з іншого, завжди залишатися на позиціях вихідних, основоположних цінностей.

За час своєї незалежності Україна пережила низку «великих» та «малих» судових реформ, які ознаменовувалися як організаційними, так і процесуальними перетвореннями судочинства: 1992 р. – після здобуття Незалежності; 1996 р. – з прийняттям Конституції України; 2001–2002 рр. – із набранням чинності Законом України «Про судоустрій України» від 7 лютого 2002 р.; 2005 р. – початок діяльності системи адміністративного судочинства; 2010 р. – Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р.; 2016–2017 рр. – зміни до Конституції України у Розділі VIII «Правосуддя», Закон України «Про судоустрій і статус суддів» у редакції від 2 червня 2016 р. та нові редакції процесуальних кодексів. Політична кон'юнктура вказує на те, що наведені зміни не останні. Однак оцінити якість нинішніх чи майбутніх змін можна лише з позицій забезпечення виконання судовою владою свого основного призначення – здійснення правосуддя, яке повинно ґрунтуватися на універсальних аксіологічних суспільних стандартах.

© О.В. Ільницький, 2020

* *Рецензія на кн.: Писаренко Н.Б. Засади адміністративного судочинства (сучасний український контекст) : монографія. Харків : Право, 2019. 248 с.*

Виходячи з цього, можна стверджувати, що монографія Н.Б. Писаренко «Засади адміністративного судочинства (сучасний український контекст)» є своєчасним та актуальним дослідженням, дає змогу на прикладі конкретної судової юрисдикції розкрити концептуальні засади функціонування судової влади, сформулювати, дослідити та обґрунтувати універсальні стандарти судочинства.

При ознайомленні із монографією Н.Б. Писаренко звертають на себе увагу логічність, послідовність, структурованість її побудови, глибина і теоретична масштабність здійсненого дослідження, які відзначаються широким колом складних та новаторських завдань, що зачіпають як традиційні для такої тематики проблеми, так і авторську постановку питання формування головних засад адміністративного судочинства через прояв при його здійсненні ідей верховенства права та справедливого суду.

Робота об'єднує два розділи, що включають п'ять параграфів; один із параграфів другого розділу вміщує три підпараграфи. Тексти всіх складових монографії структуровані, що значно полегшує сприйняття матеріалу.

У першому розділі «Адміністративне судочинство у правовій матерії» авторка висловлює своє бачення вирішення досі дискусійного питання – питання щодо сутності категорії «адміністративний процес», її змістового наповнення й співвідношення із категорією «адміністративне судочинство». У цій частині роботи зосереджено інформацію про дореволюційні роботи, дослідження радянського періоду і, нарешті, доробок сучасних українських науковців, у яких були висловлені різні, іноді принципово відмінні позиції щодо означеного питання. Точка зору Н.Б. Писаренко аргументована й переконлива: вона демонструє прихильність судовій концепції адміністративного процесу. Разом із тим авторка не обмежується лише висновком щодо місця адміністративного процесу у правовому просторі; вона позначає, як мають бути згруповані норми, що описують порядок реалізації суб'єктами влади управлінських функцій. Стосовно поняття «адміністративне судочинство», то його дослідниця небезпідставно вважає синонімом поняттю «адміністративний процес».

Другий розділ «Гарантії справедливого суду в адміністративному судочинстві» присвячено відображенню у національному процесуальному законі визнаних європейською спільнотою вимог, що висувають до правосудної діяльності. Н.Б. Писаренко зосереджується на дослідженні приписів Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та на практиці Європейського суду з прав людини. Така увага повністю виправдана. Адже саме у цьому міжнародному нормативно-правовому акті, положенням якого дає життя практика Суду, акумульовано найкращий європейський досвід забезпечення прав, свобод та інтересів приватних осіб через судовий розгляд їх справ.

Розділ містить ґрунтовний аналіз рішень Європейського суду з прав людини, в яких ставилися питання про порушення права на справедливий суд у процесах з розгляду публічно-правових спорів, а також розбором судових рішень національних інституцій, де судді, звертаючись до актів ЄСПЛ, намагалися так вирішити процесуальні питання, щоб це повністю відповідало уявленню про цивілізовані стандарти судівництва.

На завершення Н.Б. Писаренко висловлюється щодо того, як ідея верховенства права через імплементацію конвенційних гарантій справедливого суду має бути відображена у нормативно закріплених принципах адміністративного судочинства. У цій частині авторка формує чіткі пропозиції щодо внесення змін та доповнень до Кодексу адміністративного судочинства України, торкається питань удосконалення приписів Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Монографія справляє чудове враження. Втім, варто звернути увагу на окремі висловлені в ній позиції.

Н.Б. Писаренко справедливо відносить до засад адміністративного судочинства в Україні ідеї верховенства права та справедливого суду, подаючи в подальшому детальний аналіз складових частин їхнього розуміння та реалізації на практиці. Разом із тим недостатньо чітким виглядає визначення співвідношення між цими ідеями. Так, авторка справедливо говорить про їх взаємопов'язаність та взаємозалежність, однак пізніше вказує, що елементи верховенства права забезпечуються гарантіями справедливого суду, а принципи адміністративного судочинства, що відображають зазначені гарантії, як наслідок, вбирають домінують верховенства права. Вважаємо, що справедливий суд є елементом тієї ж ідеї верховенства права, за допомогою якого забезпечується реальна дія та застосування принципу, а тому непослідовною є спроба їх розподілу. Тим більше, що Н.Б. Писаренко тяжіє до конвенційної практики визначення змісту цих ідей, яка не встановлює їхнього чіткого розмежування, розглядаючи крізь призму їхньої єдності.

У роботі авторка пропонує власне визначення принципів адміністративного судочинства. У цілому підтримуючи таке визначення, вважаємо, що додаткового з'ясування потребує позиція щодо розмежування принципів заборони дискримінації (рівності учасників процесу перед судом) та рівності учасників справи перед законом. Зважаючи на онтологічну єдність гарантій, сформульованих у ст. 24 Конституції України, та відповідних універсальних стандартів заборони дискримінації, такий теоретичний розподіл є до певної міри штучним, а обидва принципи доцільно розглядати у ємерджентній системній єдності.

Серед принципів Н.Б. Писаренко виділяє забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення. У зв'язку із цим додаткового обґрунтування потребує позиція авторки щодо змісту та обсягу зазначеного права з огляду його обмеження через встановлення так званих «процесуальних фільтрів».

Висловлені спостереження не впливають на загальну позитивну оцінку рецензованої роботи, зумовлену її актуальністю, обґрунтованістю, новизною та очевидним прикладним значенням. На наше переконання, вони тільки свідчать про науковий характер, складність і новелістичність підходу авторки монографії до досліджуваної проблематики.

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 тел.: 044-235-63-24, 097-431-97-77
Ходаківська Тетяна Володимирівна
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.